حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام

الدكتور
احمد كاظم الساعدي



حماية الاستثمار الأجنبي
في القانون الدولي العام



حماية الاستثمار الأجنبي
في القانون الدولي العام

الدكتور
احمد كاظم الساعدي

الطبعة الأولى

1441 هـ - 2020 م



رقم الإيداع

2019/80352



جميع حقوق الطبع محفوظة

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإليكترونية أم الميكانيكية بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو التسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر



جمهورية مصر العربية

القاهرة - شبرا - 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى - منطي - شبرا الخيمة

00(20) 1282441890

00(20) 233518784

yasser261098@gmail.

www. ACBOOkZONE.COM



(وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ)

صدق الله العظيم

الاهداء

الى روح والدي الذي ربانا وعلمنا

الى امي التي بذلت وجودها لكي نكون

الى زوجتي واولادي املي ومستقبلي

الى اخوتي واخواتي

وقبل كل هذا

بلدي

المقدمة

يمارس القانون الدولي العديد من الوظائف التي تهم المجتمع الدولي، ومن بين ابرز وظائفه تنظيم العلاقات الاقتصادية بين الدول، وذلك بوضع القواعد القانونية التي تحكم تلك العلاقات باعتبارها تمثل جانباً مهما وأساسيا في التنظيم الدولي.

ويهدف القانون الدولي، مثلما هو الحال عليه في بقية القوانين، إلى تحقيق غايات متعددة من وراء وضع القواعد القانونية، ومن بين أهم تلك الغايات هو تحقيق التنمية الاقتصادية.

وعليه فأنه يكون سعي الدول لتحقيق أهدافها الاقتصادية، على المستوى الدولي، من منظور مصلحتها الخاصة التي تضعها في المقدمة وتمنحها الأولوية، مما يفتح الباب واسعاً لتعارض المصالح بشكل واضح، خاصة إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار إن العلاقات الاقتصادية يكون محورها تحقيق المكاسب.

إن المراجعة التاريخية لعلاقة الدول الاستعمارية مع الدول المُستَعمَرة، نجد فيها علاقة تقوم من الناحية الاقتصادية على استغلال ونهب ثرواتها، واستمرت هذه العلاقة بذات الطبيعة حتى بعد أن نالت الدول استقلالها، ولكنها اتخذت

صيغـة اتفاقيـة في ظاهرهـا، مـما جعـل العلاقـات بـين الدول من هـذه الناحيـة تتحكم بهـا اعتبـارات القـوة السياسـية والعسـكرية وتفـاوت القـوة الاقتصاديـة، وهو ما يشـير إلى اختـلال حقيقـي في موازيـن العلاقـات الاقتصاديـة بـين الـدول، لذلـك فـإن التعارض بـين مصالـح الـدول المختلفـة، يُوجـد نوعـاً مـن عـدم التـوازن في تحقيق تلـك المصالح، فالـدول القويـة سياسـياً وعسـكرياً واقتصاديـاً، تكـون في وضع أفضل لتحقيـق مصالحها الاقتصاديـة مـن الـدول الأخرى.

هـذه الحقائـق الثابتـة في العلاقـات الدوليـة ترتـب عليها العديـد مـن الآثـار السـلبية في المجتمـع الـدولي تمثلـت في اسـتغلال ثـروات الشـعوب ومقدراتهـا لفـترات طويلـة، وماترافـق معهـا مـن انتهـاك لسـيادة العديد مـن الـدول وأعقبها قيـام العديد مـن الحـروب والثـورات راح ضحيتهـا الملايـين مـن البـشر.

إن هـذه الآثـار المترتبـة عن المصالـح الاقتصادية وتعارضها أوجبـت على المجتمع الـدولي أن يضـع نظامـاً قانونيـاً لهـا، وان اتخذ هذا النظـام في فترة زمنيـة جانب التعبير عـن إرادة الـدول الاسـتعمارية القويـة ومـا يحقـق مصالحهـا، إلا انه تغير كثـيراً، وأصبح يمثـل تعبـيراً عـن إرادة عـدد كبـير مـن الـدول، بمـا فيهـا الـدول التـي نالـت اسـتقلالها عـن الـدول الاسـتعمارية والتـي باتت تشـكل جـزءً أساسـيا في التأثير في النظـام القانوني الدولي.

وفي ظـل تلـك المعـادلات التـي تحكمـت في المجتمـع الـدولي ولا زالـت، كان للاسـتثمار الأجنبـي نصيـب وافـر مـن التأثـر فيها، حيـث ترافق النظـام القانـوني له مع تلـك الحركـة التـي سـادت المجتمـع، باعتبـاره يمثل ركيـزة أساسـية في الاقتصـاد الدولي، لذلـك تنازعـت تنظيمـه ذات الإرادات المتباينـة، وتحكمـت بـه ذات المصالـح، حيـث حاولـت الـدول القويـة أن تجعلـه أداة لتحقيـق مصالحهـا، وسـعت الـدول الأخـرى أن يكـون أداة للتنميـة فيهـا، بعدمـا اسـتنزفت ثرواتهـا لفـترات طويلـة.

إن الحقيقـة المتفـق عليهـا والتـي لا يمكـن إنكارهـا هـي إن الاسـتثمار الأجنبـي يمثـل أداة مـن أدوات التنميـة الاقتصاديـة يمكـن لجميع الدول أن تسـتفاد مـن مزاياه، يتحقـق مـن خلالـه العديـد مـن المزايـا للـدول المصـدرة والمضيفـة لـه، وعليـه لابد من إقامـة النظـام القانـوني لـه بشـكل يحقـق المزايا المرجـوة منه.

وعـلى هـذا الأسـاس لم يعـد ينظر للاسـتثمار باعتبـاره مجرد علاقة بين المسـتثمر الأجنبـي والدولـة المضيفة يتحكمان به وينظمانـه وفقاً لإرادتهما وبما يحقق مصلحتهما، وإنمـا أصبحـت هـذه العلاقـة التـي هـي في ظاهرهـا علاقـة بـين دولـة وشـخص أجنبي موضـع اهتـمام المجتمـع الـدولي، فالدول المصدرة للاسـتثمار تنظـر إليه باعتبـاره موردا مهـما لاقتصادهـا، وأداة اقتصاديـة مهمة تؤثـر في علاقاتها مع الدول الأخـرى، أما الدول المضيفـة فتنظـر إليـه بوصفه احد موارد التمويل الأساسـية، ووسـيلة لنقـل التكنولوجيا تتحقـق مـن خلالهـا التنميـة الاقتصادية وتحسـين القـدرة الإنتاجية، واسـتغلال الثروات الطبيعيـة، بمـا ينعكـس بآثـاره الايجابية على رفاهيـة المجتمع.

وهـذا التقسـيم للدول من ناحية علاقتها بالاسـتثمار الأجنبـي وان لم يكن مطلقاً بتمامـه، حيـث لا توجـد دول مصـدرة للاسـتثمار دون أن تكـون مضيفة لـه أو العكس، وإنمـا غالبيـة الـدول هـي مصـدرة للاسـتثمار ومسـتوردة لـه في نفـس الوقـت، ولكنهـا تصنـف كذلـك بحسـب حجـم الاسـتثمارات الداخلة إليهـا أو الخارجـة منها.

وعليـه يـكاد ينـدر المثال عن دولة نأت بنفسـها عـن حركة الاسـتثمار الدولي، أو إنهـا ابتعـدت عـن التأثـر فيـه، وإزاء تلـك الأهمية التـي يتمتع بهـا الاسـتثمار الأجنبي، ومـا يترتـب عليـه مـن آثـار كبـيرة، أصبـح مـن الـضروري أن يكـون الاهتـمام بتنظيمـه بقـدر أهميتـه، ومـن المؤكـد إن مـن أهـم مايجـب أن يكـون محـلاً للاهتـمام مسـألة حمايتـه التـي تعنـي وجـوده ودوامـه وانتقالـه ونموه.

وعلى الرغم من ثبوت الاعتقاد بأهمية تأمين الحماية للاستثمار الأجنبي لدى الدول المتقدمة والدول النامية على حد سواء، إلا إن مضمون تلك الحماية وطبيعتها تباينت بحسب ماتراه تلك الدول، وهو ما انعكس بشكل واضح على النظام القانوني لحماية الاستثمار الأجنبي.

مبحث تمهيدي
مفهوم الاستثمار الأجنبي
وأهميته في القانون الدولي

إن مفهوم الاستثمار يقع في الأصل ضمن الدراسات الاقتصادية، اذ حاولت الدراسات الاقتصادية الحديثة بيان مفهوم الاستثمار بشكل مفصل، واهتمت به اهتماماً كبيراً أبرزت فيه جوانب الموضوع كافة، وتشعبت الدراسات في هذا الصدد وتنوعت، فبعضها يركز على الدراسة النظرية للاستثمار، فبينت مفهومه وأهميته وأنواعه، وما يميزه عن وسائل التمويل الأُخر من خصائص ومزايا، والدراسات الأُخر تقوم على أساس الدراسة العملية لبيان أهميته ودوره وأثره في الحياة العامة للدول، وقدمت هذه الدراسات نتائج يعتمد عليها في تحديد أوصاف وأنواع الاستثمار التي من الممكن أن تحقق الفائدة الأكبر للبلد المستضيف دون غيرها من أنواع الاستثمار الأخرى، ويُعتمد عليها في تحديد توجه الدولة في اجتذاب فئات محددة من الاستثمار دون غيرها، لما تجده فيها من تحقيق مصلحة اكبر بأقل ضرر ممكن.

وتبرز أهمية الاستثمار الأجنبي في نطاق القانون الدولي باعتباره احد أهم أدوات التنمية الاقتصادية للدول، يسعى القانون إلى جعله أداة لتحقيق التقارب بين الدول، وليس سبيلاً للاختلاف والاستغلال بين الدول، لذلك اهتم القانون الدولي كثيراً به ولاسيما بعدما شهده العالم من حروب ونزاعات بسبب الاستغلال غير

العـادل لـثروات الشـعوب، وزاد اهتـمام القانون الـدولي والمنظمات الدولية بالاسـتثمار الأجنبـي بعـد الحـرب العالميـة الثانيـة ومحاولـة وضع قواعـد عادلة لتنظيمـه وحمايته بما يحقـق التنميـة الاقتصادية.

وبهـدف التمهيـد لموضـوع دراسـتنا بشـكل واضـح سـيتم تقسـيم المبحـث التمهيـدي وفقـاً لـلاتي:

- المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي
- المطلب الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي

المطلب الأول

مفهوم الاستثمار الأجنبي

نبين في هذا المطلب تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية الاقتصادية والقانونية، ثم بيان أنواعه التي ينقسم إليها والتي لها علاقة مباشرة بموضوع دراستنا

اولاً: تعريف الاستثمار الأجنبي

1 - التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي

الاستثمار في اللغة الإنماء، اذ يقال ثَمَّر ماله: نماه، ويقال ثَمَّرَ الله مالك أي كثره، وأثمر الرجل: أي كثَرَ ماله [1]، ولا يبتعد المعنى الاقتصادي للاستثمار عن معناه اللغوي، حيث يعرف الاستثمار بصورة عامة بأنه " توظيف النقود لأي اجل في أي أصل أو ملكية أو ممتلكات أو مشاركات يحتفظ بها للمحافظة على المال أو تنميته سواء بأرباح دورية، أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة، أو بمنافع غير مادية، أو هو حصيلة الادخار من السلع التي لم تستهلك في عمل أو تفاعل منتج"[2].

(1) - ابن منظور - لسان العرب - دار إحياء التراث العربي - الطبعة الثالثة - بيروت - 1999 - الجزء الثاني - ص 127.

(2) - د. عبد الله عبد الكريم عبد الله - ضمانات الاستثمار في الدول العربية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - سنة الطبع 2010 - ص 18.

فالاستثمار نوع من الإنفاق على أصول يتوقع منها تحقيق عائد على مدى مدة طويلة من الزمن، ولذلك يطلق عليه البعض إنفاق رأسمالي تمييزاً له عن المصروفات التشغيلية أو الجارية، وهي التي تتم من يوم إلى آخر، مثل الأجور والمرتبات وشراء المواد الخام، أما الإنفاق الرأسمالي فأنه يشمل كل المفردات الضرورية لتحقيق تقدم المشروع في الأجل الطويل، مثل بناء مصنع جديد، وشراء آلات وعدد لخط إنتاج جديد، والقيام ببحوث لتحسين سلعة قائمة أو إخراج سلع مبتكرة [1].

أما الاستثمار الأجنبي فيعرفه الاقتصاديون بأنه (انتقال رؤوس الأموال عبر حدود إقليمها إلى الدول المستقطبة لها من اجل بناء أو توسيع البنى الاقتصادية لها أو استثمارها في شراء الأسهم والسندات أو الإقراض من اجل تحقيق ربح معين) [2].

2 - التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

نظراً لأهمية التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي وما يترتب عليه من آثار قانونية تتعلق بحماية الاستثمار الأجنبي، سوف نبحثه في كل من الفقه والتشريع أولا ثم في الاتفاقيات الدولية.

(1) - د. طارق كاظم عجيل - النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في العراق - ورقة مقدمة ضمن أوراق مؤتمر الإطار القانوني للاستثمار في العراق - 2009 - ص 67.

(2) - د.إبراهيم إسماعيل إبراهيم - عدم المساس بحق الملكية أداة لجذب الاستثمارات الأجنبية - بحث منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية - العدد 13 - 2012 - ص92.

أ - في الفقه والتشريع

يُعرف الفقه القانوني الاستثمار الأجنبي بأنه (استخدام أصول مالية، مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، وسواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا، بهدف تحقيق عائد مجز) [1].

إن هذا التعريف يشير إلى نوعي الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر، حيث إن الاستثمار يكون مباشراً إذا كانت هناك سلطة فعلية للمستثمر على استثماره، وبخلافه يكون غير مباشر، ويُعد استخدام أي أصول مالية لتحقيق عوائد عنها استثماراً، بغض النظر عن طبيعة تلك الأصول سواء كانت أموال نقدية أو عينية أو حقوق وبراءات اختراع وأسماء تجارية.

اما في التشريع فأن قانون الاستثمار الأجنبي الملغي قد عرفه بأنه " الاستثمار من قبل مستثمر أجنبي في أي من الأصول المتواجدة في العراق، بما في ذلك الممتلكات المادية وغير المادية وحقوق الملكية المتعلقة بها والاسم وغيرها من أشكال وصكوك المشاركة في الكيان التجاري، كما تعني حقوق الملكية الفكرية والمعرفة والخبرة التقنية، باستثناء مايحدده النص الوارد في القسم الثامن من هذا الأمر"[2].

---

(1) - د. علي حسين ملحم - دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية - أطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1998 - ص 66.

(2) - أمر سلطة الائتلاف المدني رقم 39 لسنة 2003 الملغي في الفقرة (3) من القسم الأول، وقد أشار القسم الثامن بأنه " لايجوز للمستثمر الأجنبي أو لكيان تجاري أجنبي له مصلحة استثمارية في العراق بممارسة حقوق التصرف في الأملاك العقارية أو حقوق الانتفاع بها بعد تاريخ صدور هذا الأمر مالم يسمح القانون بخلاف ذلك "

أما قانون الاستثمار النافذ فلم يعرف الاستثمار الأجنبي، وإنما عرف الاستثمار عموماً بأنه "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد"[(1)].

ب - في الاتفاقيات الدولية

سلكت اتفاقيات الاستثمار الدولية احد الأسلوبين الآتيين في تعريف الاستثمار الأجنبي:

- الأسلوب التعدادي

وهذا الأسلوب أكثر شيوعاً في الاتفاقيات الدولية، حيث تورد الاتفاقية تعداداً لأنواع الأصول التي تعد استثماراً، ويتم إيراد تلك الأصول على سبيل المثال لا الحصر، ويكون ذكر المثال باختيار الأصول التي يمكن أن تندرج تحتها أوصاف متعددة، أوأكثر شيوعاً في التعامل في مجال الاستثمار، وتتضمن الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد أصولا مختلفة من رؤوس أموال نقدية أو عقارية، وحقوق عينية كحق الامتياز والرهن، والحقوق الفكرية وبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية وغيرها.

ومن أمثلة ذلك ما أخذت به اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين العراق وفرنسا التي نصت (يعني تعبير" استثمار " جميع الموجودات كرؤوس الأموال والبضائع والحقوق والمصالح، أيا كان نوعها، والتي تضفي قيمة على الاقتصاد، وعلى وجه الخصوص وليس الحصر:

أ - الأموال المنقولة وغير المنقولة وكذلك جميع الحقوق الأخرى الحقيقية، مثل الرهون والامتيازات وحقوق الانتفاع والكفالات، وجميع الحقوق المماثلة.

(1) - المادة الأولى الفقرة (ن) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 النافذ.

ب - الأسـهم وعـلاوات الإصـدار وغيرهـا مـن أشـكال المسـاهمة، حتـى القليلـة منهـا وغـير المبـاشرة في الـشركات المؤسسـة عـلى أراضي احـد الطرفـين المتعاقديـن.

ت - الحقـوق الماليـة أو السـندات أو أي مـن الحقـوق المشروعـة ذات القيمـة الاقتصادية

ث - حقـوق الملكيـة الفكريـة والتجاريـة والصناعيـة، كحقـوق المؤلـف وبراءات الاخـتراع والتراخيـص والعلامـات المسـجلة والنـماذج والتصاميـم الصناعيـة، والطـرق الفنيـة والمهـارة والأسـماء المسـجلة وشـهرة المحـلات.

ج - امتيـازات العمـل الممنوحـة بحكـم القانـون أو بموجـب عقـد، لا سـيما امتيـازات التنقيـب عن الـثروات الطبيعية وتنميتها واسـتخراجها واسـتغلالها، بما في ذلـك تلـك الواقعـة في المنطقـة البحريـة للطرفـين المتعاقديـن [1].

وتتميـز هـذه الطريقـة بأنهـا يمكنها أن تسـتوعب العديـد من الأنشـطة وعدُّها اسـتثماراً بـشروط معينـة، لأن القائمـة التـي تضمنتها وردت على سـبيل المثال لا الحصر، ومـن ثـم يمكـن إدراج أنواع أخـرى تحتها.

- الأسلوب الاسنادي

أي إن الاتفاقيـة تحيـل بيان مفهوم الاسـتثمار الأجنبـي إلى القوانين والتشريعات الداخليـة للدولـة المُضيفـة للاسـتثمار، وقـد أخـذت بهـذا الأسـلوب عـدد مـن اتفاقيات الاسـتثمار الثنائيـة، ولكنهـا اقـل من عـدد الاتفاقيات التـي أخذت بالأسـلوب الأول.

(1) - المادة (1) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق وفرنسا الموقعة في بغداد بتاريخ 31 / 10 / 2010 والمصادق عليها بموجب القانون رقم (24) لسنة 2012 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4241 في 4 / 6 / 2012.

ومـن بـين الاتفاقيـات التـي اعتمدت هـذه الطريقـة الاتفاقية المبرمة بـين فنلندا وتنزانيـا، التـي نصت " عبارة الاسـتثمارات تعني كل أنواع الأصول المنشـئة أو المكتسـبة مـن احـد مسـتثمري الدولـة المتعاقـدة في إقليم الطـرف المتعاقـد الآخر، وفقـاً للقوانين واللوائـح النافـذة لدى الطـرف الأخير"[1].

وهـذا الأسـلوب يؤكـد علاقـة التعـاون بـين القانـون الـدولي والقانـون الداخـلي، لكـن مـا يعيبـه هـو إن اسـتقرار قواعد حماية الاسـتثمار الأجنبـي التي تقـوم على بيان مفهومـه سـوف تكـون مرتبطـة أو متوقفـة عـلى مـدى الاسـتقرار القانـوني لتشريعـات الاسـتثمار في الدولـة المسـتضيفة، وهـذا مـا يـؤدي، دون شـك، إلى ارتهـان فاعليـة وقيمـة الاتفاقيـة بعنـصر خـارج عنهـا، ومـن جهة أخـرى فـأن إمكانية الإحاطـة بجميع التشريعـات التـي تنظـم الاسـتثمار الأجنبـي في الـدول المختلفـة التـي ترغـب في إبـرام الاتفاقيـات معهـا يكـون أمراً عسـيراً إن لم يكن مسـتحيلا خاصة في الحـالات التي تكون فيـه التشريعـات المتعلقـة بالاسـتثمار الأجنبـي متفرقـة في نصـوص تشريعيـة متعـددة ومتفاوتـة زمنيـاً وتتعلـق بمجـالات متعـددة من الاسـتثمار.

ثانياً / أنواع الاستثمار الأجنبي

يصنـف الاسـتثمار الأجنبـي مـن حيـث جنسـيته إلى قسـمين، هـما الاسـتثمارات الوطنيـة و الاسـتثمارات الأجنبيـة، ويعتـبر الاسـتثمار وطنيـاً إذا كانت ملكيـة رأس المال وكافـة الأصـول تعـود للطـرف المحـلي [2]، أي انـه يتـم داخـل حـدود البلد ومـن مصادر التمويـل الداخليـة وبإدارة مسـتثمرين محليـين، وفائدته تعود عليهم وعـلى بلدهم [3]،

---

(1) - المادة (1) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين فنلندا وتنزانيا التي دخلت حيز النفاذ في 30 / أيلول / 2002.

(2) - علي بن سعيد بن رباع وحسين كاويار - أساسيات الاستثمار والتنمية الاقتصادية - بحث مقدم ضمن المؤتمر العلمي التاسع عشر لجامعة الإمارات العربية المتحدة - قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة - 2011 - ص 154 - 155

(3) - جيل برتان - الاقتصاد الدولي - الطبعة الثانية - 1982 - بيروت - ص7.

أمـا الاسـتثمارات الأجنبيـة في تدفقـات رؤوس الأمـوال الأجنبيـة التـي تـرد مـن خـارج حـدود الدولـة.

وأكثر ما يهمنا في دراسـتنا هو تقسـيم الاسـتثمار الأجنبي إلى الاسـتثمار الأجنبي المبـاشر والاسـتثمار الأجنبـي غير المبـاشر، وذلك ما سـيتم بيانه في الآتي:

1 - الاستثمار الأجنبي المباشر

يعرف الاسـتثمار الأجنبي المباشر بأنه " قيام المسـتثمر الأجنبي باسـتثمار أمواله داخـل دولـة أو أكـثر يطلق عليها الدولة المضيفة ويحتفظ المسـتثمر لنفسـه بالسـيطرة والإدارة واتخـاذ القرارات" [1].

وعليـه يكـون الاسـتثمار الأجنبـي مبـاشراً إذا كان ينطـوي عـلى تملـك المسـتثمر الأجنبـي لجـزء مـن أو لـكل الاسـتثمارات في المـشروع المعنـي [2]، ومـن ذلـك يمكـن أن نصنـف الاسـتثمار الأجنبـي المبـاشر بوجـه عـام مـن حيـث ملكيتـه وإدارتـه وسـلطة التـصرف فيـه وصلاحيـة اتخـاذ القـرار بشـأنه إلى:

أ - الاستثمار المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي

في هـذا النـوع من الاسـتثمار يمتلك المسـتثمر الأجنبـي كافة الأصـول الاقتصادية للمـشروع، وهـذا النـوع مـن الاسـتثمار هـو ماتفضلـه الـشركات المتعـددة الجنسـيات، حيـث إن تلـك الـشركات تقـوم بفتـح فـروع لهـا في الـدول المضيفـة، ومن خلالهـا تقوم بممارسـة أعمالهـا الإنتاجيـة أو التسـويقية أو أي نـوع آخـر مـن النشـاط داخـل الدولة المضيفة.

(1) - محمد مطر - إدارة الاستثمارات - منشورات دار وائل - عمان - الطبعة الخامسة - 2009 - ص76.

(2) - د. عبد السلام ابو قحف - اقتصاديات الاستثمار الدولي - الجزء الرابع والخامس - طبع المكتب العربي الحديث - الطبعة الأولى - سنة الطبع 1988 - ص 23.

وعـادةً مـا تقـوم هـذه الـشركات باسـتثماراتها المبـاشرة في الـدول الناميـة دون مشـاركة مـن أي طـرف محـلي، فهـي تسـتقدم معهـا عدتهـا الكاملـة لإقامة مشـاريعها بمـا في ذلـك الحزمـة التكنولوجيـة "Technological package" التـي تحتـاج إليهـا، وتشـمل دراسـة الجـدوى الفنية والاقتصاديـة للمشروع المزمع إقامتـه، والقيام بالأعمال الهندسـية والتصاميـم المطلوبة، وإحضار الخبراء والفنيـين والإداريين، والمعدات والآلات، والإشراف عـلى انجـاز المـشروع وعـلى مباشرتـه في الإنتاج والتسـويق[1].

وتخـشى الـدول الناميـة هـذا النـوع من الاسـتثمار الأجنبـي المباشر، لما فيه امن آثار سـلبية تتمثل في تعميق حالة التبعية والاحتكار الاقتصادي الذي يمارسـه المسـتثمر الأجنبـي [2]، إلا إن الدلائـل العلميـة تشـير إلى انتشـار هـذا النـوع مـن الاسـتثمارات في الـدول الناميـة واسـتخدامه كوسـيلة لجذب المزيد مـن الاسـتثمارات الأجنبية [3].

ب - المشروع المشترك

يُعـرف المـشروع المشـترك بأنـه " اسـتثمار أجنبـي قائم على أسـاس المشـاركة مع رأس المـال الوطنـي الخـاص أو رأس المـال الوطنـي العام بنسـبة متفاوتة تتحدد حسـب القوانـين المنظمـة لتملـك الأجانب في البلـد المضيف " [4].

(1) - انطونيوس كرم - العرب أمام تحديات التكنولوجيا - سلسلة عالم المعرفة - الكويت - 1982 - ص59.

(2) - باسم حمادي الحسن - الاستثمار الأجنبي المباشر " عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد " - منشورات الحلبي الحقوقي - الطبعة الأولى - 2014 - ص 26 - 27.

(3) - د. عمر ياسين ود. محمد الروسان - الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودورها في تنمية الاقتصاديات النامية - مجلة كلية الإدارة والاقتصاد - جامعة بغداد - العدد الحادي والتسعون - 2012 - ص21

(4) - جمعة محمد عامر-سياسة الاستثمارات الأجنبية وأثرها على مواجهة الاختلالات الهيكلية في الاقتصاد المصري-أطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة - كلية الاقتصاد والعلوم السياسية - 1985 -ص 9.

إن معظم المشروعات المشتركة التي قامت في الدول النامية قد تكونت تحت ضغط وجود تشريعات حكومية تضع حدود معينة على ملكية الشركات الأجنبية بها، كما إن احتياج احد الأطراف لخبرات ومهارات الطرف الآخر يشكل السبب الثاني للمشروعات المشتركة، وكذلك من ضمن الأسباب هو حاجة احد الأطراف لمساهمات مالية غير قادر على توفيرها من خلال رأس المال المتوفر لديه [1].

يحقق المشروع المشترك للمستثمر الأجنبي مزايا متعددة، أهمها التقليل من المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في البلد المضيف كالتأميم والمصادرة ومنع تحويل الأرباح، كما إنها تخفف من نظرة العداء التي يشعر بها الأجنبي في الدول النامية، وأخيرا سوف يحصل الأجنبي عن طريق المشاركة على مزايا وتسهيلات بخلاف لو كان يستثمر بمفرده[2].

أما المزايا التي تحصل عليها الدولة المضيفة من هذا النوع من الاستثمارات تتمثل في تمكينها من أن تمارس دوراً رقابياً على الاستثمار الأجنبي، بالإضافة إلى حصولها على الخبرة الأجنبية مع ضمان الحفاظ على ثرواتها الوطنية [3]، كما إن انخفاض درجة تحكم المستثمر الأجنبي في المشروع يؤدي إلى انخفاض سيطرته على عموم الاقتصاد واحتفاظ البلد المضيف بدرجة من الاستقلالية الاقتصادية وحرية التصرف بالمشاريع بما يخدم الاقتصاد الوطني وتحقيق نوع من توازن المصالح بين المستثمر الأجنبي والاقتصاد الوطني أكثر من الأساليب الأخرى [4].

---

(1) - د.عادل المهدي - عولمة النظام الاقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية - الطبعة الثانية - 2004 - ص 68.

(2) - عمر هاشم محمد صدقة - ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - الطبعة الأولى - 2010 - ص 14.

(3) - د. إبراهيم شحاته - الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الرابع والعشرون - 1968 - ص 155.

(4) - داود سلوم - الخصخصة في البلدان النامية بين متطلبات التنمية ودوافع الاستثمار الأجنبي المباشر مع إشارة خاصة إلى العراق - أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد - جامعة الكوفة - 2008 - ص 12.

2 - الاستثمار الأجنبي غير المباشر

يعرف الاستثمار الأجنبي غير المباشر بأنه (استثمارات تتم عن طريق شراء أوراق مالية لمشروعات تسهم في النشاط الاقتصادي المباشر بهدف الربح عن طريق البيع والشراء والاكتتاب في أسهم وسندات مشروعات قائمة دون قصد ممارسة إشراف ما عليها) [(1)].

كما يُعرف بأنه (الاستثمار الذي يتخذ صورة قروض مقدمة من الأفراد أو الهيئات أو الشركات الأجنبية، أو يكون بشكل اكتتاب في الأسهم والسندات الصادرة من الدولة المستقطبة لرأس المال أو هيئاتها العامة أو الشركات التي تنشأ فيها، على أن لا يكون للمستثمر الأجنبي في الأسهم ما يخوله حق إدارة الشركة والسيطرة عليها) [(2)].

يتبين من خلال التعاريف التي ذكرناها إن دور الاستثمار غير المباشر يقتصر على تقديم رأس المال إلى جهة معينة دون أن يكون لصاحب المال " المستثمر " أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع الاستثماري، ومن صوره شراء السندات والأسهم وشهادات الإيداع المصرفية الدولية وشراء سندات الدين العام والخاص، وشراء القيم المنقولة، والإيداع في المصارف، وشراء الذهب والمعادن النفيسة وغيرها [(3)].

(1) - داود سلوم - مصدر سابق - ص 15.

(2) - دريد محمود السامرائي - الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - الطبعة الأولى - 2006 - ص66.

(3) - د. موفق احمد وحلا سامي - الاستثمار الأجنبي وأثره على البيئة الاقتصادية - مجلة الإدارة والاقتصاد - العدد 80 السنة 2010 - ص 140.

يتضح مما تقدم إن أساس للتمييز بين الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر، يكمن في إن الأول يتميز بالرقابة والسيطرة وامتلاك الأصول الحقيقية، في حين أن الثاني لا ينطوي عليه أي نوع من السيطرة أو الرقابة فما هو إلا ظاهرة مالية وتحويل لملكية الموارد من يد إلى أخرى [1].

وتكمن أهمية تقسيم الاستثمار الأجنبي إلى مباشر وغير مباشر في إضفاء الحماية الدولية عليه، اذ إن الاستثمار المباشر له تأثير واضح على التنمية في الدول المضيفة، لذلك يهتم القانون الدولي بحمايته بصورة اكبر من الاستثمار غير المباشر، الذي غالباً ما يكون محدود الأثر في هذا الخصوص.

(1) - هناء عبد الغفار حمود السامرائي - العلاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية وآثاره الاقتصادية على البلدان النامية - أطروحة دكتوراه - جامعة بغداد - 1999 - ص 15.

المطلب الثاني

أهمية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي

تتمثل أهمية الاستثمار الأجنبي بأنه احد أدوات التنمية الاقتصادية، عليه سنبين في هذا المطلب أهمية التنمية الاقتصادية في القانون الدولي، ودور الاستثمار الأجنبي في تحقيقها، ثم بيان لدور القانون الدولي ومنظمة الأمم المتحدة في تنظيم الاستثمار الأجنبي تحقيقاً للتنمية الاقتصادية.

أولا: أهمية التنمية الاقتصادية في القانون الدولي

إن فترة السيطرة الاستعمارية والفترة التي أعقبتها كان لها الأثر الكبير في ترسيخ و أبقاء معظم الدول النامية كدول مصدرة للنفط الخام أو المواد الأولية والزراعية وفي مستويات اقتصادية ضعيفة لا تمكنها من استثمار ثرواتها الإستراتيجية لتتجاوز حلقات التخلف ولبلوغ مستويات تكنولوجية ذات شأن إمام التقدم الحضاري الذي بلغته الدول المتقدمة بل على العكس فأن مقدار التقدم الذي شهدته الدول النامية جراء سياسة تقسيم العمل الدولي لا يكاد يشكل إي اثر تجاه التقدم التكنولوجي في الدول المتقدمة[1].

لذلك احتلت التنمية الاقتصادية مكان الصدارة في اهتمامات الدول، فقد سعت الدول التي كانت تعاني من الاستعمار الغربي إلى نيل استقلالها بكافة الوسائل، والتخلص من آثاره السلبية التي شملت جميع نواحي الحياة، ومنها الجانب الاقتصادي، حيث أصبحت ثرواتها محلاً للنهب والاستغلال والاستنزاف،

(1) - د. سهام الدين خيري - العولمة الاقتصادية ومتطلبات التنمية والنهوض في الدول النامية - مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة - العدد التاسع والعشرون - 2012 - ص32.

وبعد أن نجحت بتحقيق الاستقلال السياسي [1]، بعد ان اكتشفت إن الاستقلال السياسي يظل هشاً وغير فعال مالم يصاحبه استقلال اقتصادي، وإن المساواة الحقيقية بين الدول رهن بتساويها في التنمية.

ومن هنا طرحت قضية التنمية الاقتصادية نفسها على المجتمع الدولي، وأصبحت احد هموم الاقتصاد العالمي لما بعد الحرب العالمية الثانية، ومع ارتفاع قضية التنمية في سلم أولويات السياسة الخارجية، خصصت الأمم المتحدة عقد الستينات كعقد للتنمية، وبدأ الحديث في السبعينات عن النظام الاقتصادي الجديد وإعطاء دور اكبر للدول النامية [2]، وأصبحت المنظمة أكثر اهتماماً في السعي لتلبية متطلبات التنمية في الدول النامية[3].

فقد أصدرت الأمم المتحدة ما يعرف بإعلان " الحق في التنمية "، الذي جاء تلبية لما يتطلبه ميثاقها [4]، وهو ما بينته في مقدمة الإعلان بالقول " إذ تضع في اعتبارها مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة المتصلة بتحقيق التعاون الدولي في حل المشاكل الدولية ذات الطابع الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو الإنساني وفى تعزيز وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين".

(1) - لقد توسعت العضوية في الأمم المتحدة من (51) دولة، عند توقيع الميثاق في عام 1945 إلى أكثر من (185) دولة في نهاية التسعينات اغلبها دول حديثة الاستقلال.

(2) - د. حازم الببلاوي - النظام الاقتصادي الدولي المعاصر - سلسلة عالم المعرفة - الكويت - لسنة 2000 - ص31 - 33.

(3) - رودريك ايليا ابو خليل - العقوبات الدولية في القانون الدولي بين الفعالية وحقوق الانسان - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - الطبعة الأولى - سنة الطبع 2009 - ص 40.

(4) - جاء في الفقرة (3) من المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة " تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء ".

وقد اعتبر الإعلان إن الحق في التنمية من حقوق الإنسان [1]، وهو ما يدل على أهميتها من وجهة نظر المجتمع الدولي، الذي ألحقها بحقوق الإنسان الأساسية كالحق في الحياة والحرية والأمن، واعتبر الإعلان إن جميع حقوق الإنسان لا يمكن أن تكون فاعلة إلا في ظل التمتع بالتنمية، مما يعطيها مكانة متميزة.

وأعتبر الإعلان إن السيادة على الموارد والثروات الطبيعية جزء من حق الإنسان في التنمية المرتبط بحق الشعوب في تقرير المصير [2]، وهو ما يمثل امتداد لما سبق وان أقرته الأمم المتحدة في أكثر من مناسبة من حق الدولة في سيادتها على ثرواتها الطبيعية [3]، والذي على أساسه أقرت ما تتخذه الدول من تدابير لاستعادة ثرواتها بالتأميم.

وعلى الرغم مما ورد في إعلان الأمم المتحدة بشأن اعتبار الحق في التنمية من حقوق الإنسان التي ترتبط به حقوق الإنسان الأخرى، مما يعني انه يضع التزاماً على الدول في خلق ظروف تحقق للأفراد تكافؤ الفرص في الوصول إلى موارد التنمية والاستفادة من ثمار التنمية، والمشاركة الحرة والفعالة لكافة الأفراد المعنيين في اتخاذ القرارات المتعلقة بها، وأن تكون ممارستها بصورة شفافة [4]، إلا انه كان محل جدل فقهي كبير بين فقهاء القانون من حيث طبيعته القانونية،

(1) - المادة (1 / 1) من الإعلان " الحق في التنمية حق من حقوق الإنسان غير قابل للتصرف وبموجبه يحق لكل إنسان ولجميع الشعوب المشاركة والإسهام في تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية والتمتع بهذه التنمية التي يمكن فيها إعمال جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية إعمالا تاما ".

(2) - المادة 1 / 2) من الإعلان " ينطوي حق الإنسان في التنمية أيضا على الإعمال التام لحق الشعوب في تقرير المصير، الذي يشمل، مع مراعاة الأحكام ذات الصلة من العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، ممارسة حقها، غير القابل للتصرف، في ممارسة السيادة التامة على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ".

(3) - منها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 626 لعام 1952، والقرار رقم 1803 لسنة 1962.

(4) - Arjun Sengupta & Archna Negi & Moushumi Basu - Reflections on the Right To Development - Center for Development and Human Rights - first edition - 2005 - p68.

فيذهـب البعـض إلى أنـه ذو طبيعـة غـير ملزمة بينما يذهـب البعض الآخـر إلى اعتباره ملزمـاً إذا مـا تـم ضمه إلى الاتفاقيـات الدولية الواجبة النفاذ مثـل العهد الدولي الخاص بالحقـوق المدنيـة والسياسـية والعهـد الـدولي الخاص بالحقـوق اقتصاديـة والاجتماعية والثقافية [1].

ويبـدو إن هـذا الخـلاف ناشـئ أساسـا مـن كـون الحـق في التنميـة ينتمـي إلى مايعـرف بــ" الجيـل الثالـث" مـن أجيـال حقـوق الإنسـان " حقـوق التضامـن " وهـذه الحقـوق لم تتضـح بعـد معالمهـا ومضمونهـا بصورة كافية، لـذا لابد من وجـود معاهدة دوليـة للحـق في التنميـة تبـين مضمـون هـذا الحـق واليـات تطبيقـه، وكيفيـة فـض المنازعـات الدوليـة التـي قـد تنشـأ بشـأنه [2].

ويمكـن القـول إن الحـق في التنميـة يتحقـق في الواقـع من تفعيـل مجموعة من الحقـوق المرتبطـة بـه ذات الأثـر الكبـير والمبـاشر في تحقيـق التنميـة، مـن قبيـل حـق الـدول في السـيادة التامـة عـلى ثرواتهـا ومواردهـا الطبيعيـة، وكذلـك الحـق في اختيـار نظامهـا الاقتصـادي، وتفعيـل الالتـزام المفروض على الـدول المتقدمة والغنيـة في تقديم العـون للـدول الناميـة [3]، ومـن المؤكـد إن مـن بـين أهم طرق دعـم وتعزيـز التنمية في الـدول الناميـة هـو الاسـتثمار الأجنبي.

(1) - Diane A. Desierto - Development as an International Right: Investment in the new Trade - Based IIAs - Trade, Law and Development review - Vol.3 - fall 2011 - p317.

(2) - د. سعيد علي غافل - الحق في التنمية - مجلة الكلية الإسلامية الجامعة - العدد 17 - 2012 - ص504 - 505.

(3) - ماورد في الفقرة (1) من المادة (22) من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر بالقرار رقم 3281 في عام 1974 " ينبغي على جميع الدول الاستجابة لحاجة البلدان النامية وأهدافها الإنمائية ".

ثانياً: دور الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية

ان دور الاسـتثمار الأجنبـي في دفـع عجلـة النمـو الاقتصادي كان محـلاً لوجهات نظـر متعارضـة [1]، حيـث ظهـرت في بيـان اثر الاسـتثمار الأجنبـي على التنميـة نظريتين مختلفتين :

1 - النظرية التقليدية:

ويدعـم هـذا الاتجـاه أنصـار "مدرسـة التبعيـة الاقتصاديـة " الذيـن يعارضـون الاسـتثمارات الأجنبيـة المبـاشرة بصـورة مشـددة لمـا فيهـا من ربـط لاقتصاديـات الدول الناميـة باقتصاديـات الـدول الكـبرى وهيمنـة الـشركات المتعـددة الجنسـيات على تلك الـدول [2].

ويعقـد أنصـار هـذه النظريـة مقارنة بين ما يحققه الاسـتثمار الأجنبـي من مزايا وبـين مـا يترتـب عليـه مـن ضرر باقتصاديـات الـدول المسـتضيفة لـه، وعلى أسـاس تلك المقارنـة التـي يرجحـون فيها نسـبة الأضرار على مقـدار الفوائد المرجـوة يقيمون رأيهم، ولا ينكـر أنصـار هـذا الاتجاه وجـود منافع يحققها الاسـتثمار الأجنبـي، إلا أنهم يقللون مـن أهميتها مقارنـة بعيوبها.

---

(1) - Dirk Willem te Velde - Foreign Direct Investment and Development An historical perspective - paper for World Economic and Social Survey for 2006 - Overseas Development Institute - p 2

(2) - لتفاصيل أكثر بصدد الموضوع يُنظر، خليل محمد خليل - الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية - مجلة مصر المعاصرة - العددين 437و438 - السنة الخامسة والثمانون - 1997.

2 - النظرية الحديثة:

عارضت المدرسة الحديثة ما جاءت به المدرسة التقليدية بشأن الاستثمار الأجنبي المباشر إذ أكدت على دورها الايجابي في تحقيق التنمية للدول النامية المستقبلة لتلك التدفقات من خلال سد الفجوة التمويلية التي تواجهها اقتصادياتها المتمثلة بالفجوة الادخارية وفجوة العملات الأجنبية، كما تقوم مشاريع الاستثمار الأجنبي بسحب الأيدي العاملة من القطاعات المتخلفة إلى القطاعات المتقدمة ذات الإنتاجية والأجور الأعلى، فضلاً عن إن هذه التدفقات تعمل على تزويد الدولة المستقبلة للاستثمار بالكفاءات الإدارية والخبرات الفنية الكفوءة المدربة على احدث الوسائل الفنية المعمول بها في الدول الصناعية المتقدمة [1].

ويرى هذا الاتجاه أن هذه الاستثمارات تؤدي إلى زيادة إمكانية النمو السريع في البلدان النامية، بسبب قدرتها على التمويل من المصادر الداخلية والخارجية، بشكل يفوق قدرة منافسيها المحليين، مما يمكن المشروعات الأجنبية من تمويل استثماراتها الجديدة ومن ثم تعزيزها لإمكانات النمو في هذه البلدان [2]، ويذهب هذا الاتجاه إلى أن كلاً من طرفي الاستثمار، المستثمرين والدولة المضيفة، تربطهم علاقة المصلحة المشتركة، فكل منهما يعتمد أو يستفيد من الآخر لتحقيق هدف أو مجموعة من الأهداف المحددة، غير أن حجم وعدد ونوع العوائد التي يحصل عليها كل طرف تتوقف إلى حد كبير على سياسات وممارسات الطرف الآخر بشأن الاستثمار الذي يمثل أساس وجوهر العلاقة بينهما، ويرى أنصار هذه النظرية أن

(1) - د.معراج هواري ود.بن شهرة شول - تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر وآثارها على اقتصاديات الدول النامية - بحث مقدم ضمن المؤتمر العلمي التاسع عشر لجامعة الإمارات العربية المتحدة - قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة - 2011 - ص 122.

(2) - د. عدنان غانم ولبنى حسين - دور الاستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية - بحث منشور في مجلة جامعة دمشق - المجلد 19 - العدد 2 - 2003 - ص 190.

الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة يساعد في تحقيق عدد من الفوائد المباشرة وغير المباشرة[1].

ويمكن القول، بأنه على الرغم من التباين الموجود في وجهات النظر بين المدرستين التقليدية والحديثة حول طبيعة العلاقة بين تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية، فأن التوجه الواسع والكبير من قبل غالبية الدول نحو اجتذاب الاستثمارات الأجنبية وتوفير البيئة التشريعية المناسبة لها، وتقديم التسهيلات المختلفة والضمانات المتعددة، إنما يعبر عن إيمانها بأهمية ذلك الاستثمار ودوره المهم في تحقيق التنمية، فقد أدت هذه التوجهات إلى حدوث طفرة هائلة في التدفقات العالمية للاستثمار الأجنبي، إذ بلغت (200) مليار دولار كمتوسط سنوي للفترة بين (1989 - 1994)، وارتفعت إلى (331) مليار دولار في سنة 1995، واستمرت في الارتفاع حتى بلغت أعلى مستوى لها، إذ أصبحت (1270) مليار دولار في سنة 2000، وكانت الدول المتقدمة اكبر مستقبل لهذه التدفقات، إذ بلغت حصتها (137) مليار دولار وبنسبة (68%) من التدفقات الاستثمارية العالمية كمتوسط للفترة (1989 - 1994)، وارتفعت إلى (203.7) مليار دولار في عام 1995، ثم تطورت باتجاه الزيادة حتى وصلت إلى (1005) مليار دولار، وبنسبة بلغت (79.1%) من حجم الاستثمار العالمي في عام 2000 [2].

(1) - د. صفوت عبد السلام عوض الله - منظمة التجارة العالمية والاستثمار الأجنبي المباشر " دراسة للآثار المحتملة لاتفاق التريمز على تطور حركة الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول النامية - مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية - جامعة الإمارات العربية المتحدة - الطبعة الأولى - 2004 - ص 1772.

(2) - د.معراج هواري ود.بن شهرة شول - مصدر سابق - ص 120.

لقد أصبح التوجه الدولي بشكل عام، وفي الدول النامية على وجه الخصوص يذهب إلى الاعتماد بشكل متزايد على الاستثمار الأجنبي في تمويل خطط التنمية فيها، واعتباره من المصادر المهمة والأساسية لتحقيق التنمية فيها، حيث إن التقارير الصادرة عن المؤسسات الدولية المختصة بذلك تشير بشكل واضح إلى هذا الأمر، فقد أشار التقرير السنوي لعام (2014) الذي أصدره مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية " الاونكتاد، بأن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر لعام 2013 بلغت (1، 45) تريليون دولار أمريكي، وتوقع أن تصل إلى (1,7) تريليون عام 2015، وقد بلغ حجم التدفقات الاستثمارية المباشرة نحو الدول النامية (778) مليار دولار في عام 2013 وهو ما يُمثل نسبة 54% من حجم التدفقات العالمية[1]

ويتمثل بعض الفقه تلك الأهمية بالقول، لكي نفهم الدور الحقيقي الذي تقوم به الاستثمارات الأجنبية الخاصة في تنمية اقتصاديات الدول المضيفة لها، نفترض إن الدولة المستوردة لرأس المال الأجنبي غنية بمواردها الطبيعية، وان الاستخدام الكامل لتلك الموارد يحتاج إلى رأسمال لا تستطيع الدولة تدبيره عن طريق مصادر تمويلها الداخلية، ولا عن طريق ما يتاح لها من قروض خارجية أو مشاركة من رأس المال الأجنبي العام، كما يحتاج إلى طاقات بشرية مؤهلة تأهيلاً علمياً وفنياً على مستوى عال من المهارة والتنظيم، الأمر الذي تفتقر إليه غالباً تلك الدولة، من هنا كان اللجوء إلى الاستعانة برؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، بما تجلبه تلك الأموال من خبرات فنية وتكنولوجية حديثة، امراً ضرورياً تحتمه طبيعة العمليات الاقتصادية التي تتكون منها خطط التنمية الاقتصادية في تلك الدولة[2].

(1) - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية " الاونكتاد " - تقرير الاستثمار العالمي لعام 2014 " عرض عام" - ص16.

(2) - د. عبد الواحد محمد الفار - أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية - منشورات عالم الكتب - ص 91.

ثالثاً: دور القانون الدولي في تنظيم الاستثمار الأجنبي تحقيقاً للتنمية الاقتصادية

يعتبر الاستثمار الأجنبي نقطة الالتقاء بين إرادتين مختلفتين متباينتين، الإرادة الأولى تسعى لوضع قواعد صارمة لحمايته، ولا ترغب أن يتم المساس به أو انتهاكه بأي حال، وهذه الإرادة هي إرادة الدول المصدرة للاستثمار الأجنبي، والتي تحمل في الغالب صفة الدول المتقدمة.

والإرادة الثانية، إرادة راغبة في اجتذاب الاستثمار الأجنبي وتسعى أيضا لحمايته، ولكنها في سعيها الحثيث هذا، تحاول أن تخلق قواعد جديدة، تخفف فيها من صرامة القيود التي تفرضها الدول المصدرة للاستثمار، وان لا يتم استغلال حاجتها إليه سبيلاً للمساس بسيادتها، فضلاً عن رغبتها في مراعاة العدالة والإنصاف في استغلال ثرواتها عن طريق الاستثمار الأجنبي، هذه الإرادة هي إرادة الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، والتي تحمل صفة الدول النامية.

بين تلك الإرادتين المتقابلتين، لابد من قيام قاعدة قانونية تنظم تلك العلاقة، أو على نحو أدق إن تلك المواجهة بين الإرادتين ستنعكس بصورة جلية في القانون الدولي، الذي تمثل قواعده تعبير عن إرادة أشخاصه.

ويظهر مجال التعبير عن هذه الإرادة في القانون الدولي الاقتصادي، احد فروع القانون الدولي، والذي يُعرف بأنه " ذلك الفرع من القانون الدولي الذي يُنظم من جهة وجود عوامل الإنتاج، أشخاص ورساميل، على أراضي الدول الأخرى قادمة من بلدان أجنبية، ومن جهة أخرى التعامل الدولي في الأموال والخدمات والرساميل "، أو انه ذلك الجزء من القانون الدولي الذي يهدف إلى تنظيم المشاكل القانونية المتعلقة بالإنتاج والاستهلاك وبتداول الثروات[1].

(1) - د. محمد الدوري ود.جنان سكر - في القانون الدولي الاقتصادي - مجلة العلوم القانونية والسياسية - المجلد الثالث - العددان الأول والثاني - 1984 - ص 75 - 76.

حيث إن القانون الدولي الاقتصادي يتعامل بشكل مباشر مع العلاقات الاقتصادية بين الدول في مجالات أساسية وهي التبادلات التجارية والاستثمار والتمويل، والتي تعتبر الموارد الرئيسة لعملية التنمية الاقتصادية، حيث يضع القانون الدولي القواعد اللازمة لتنظيم تلك التعاملات.

ان الدول المتقدمة تحاول أن تُحافظ على مكاسبها التي حققتها في صياغة وتشكيل قواعد القانون الدولي التقليدي، ذلك إن تلك القواعد تحقق مصالحها بصورة تامة.

وتجد الدول النامية إن القانون الدولي التقليدي ليس له إلا دور محايد، كونه ينظر إلى جميع الدول بغض النظر عن تنظيمها الاقتصادي والاجتماعي ومستوى تنميتها، لذلك تطالب الدول النامية، ذات المصلحة الحقيقية، بتغييره، فالقواعد المحايدة هي قواعد غير عادلة، والمساواة بين جميع الدول في المعاملة الاقتصادية، بغض النظر عن مجمل أوضاعها الاقتصادية والتنموية هو الإجحاف بعينه، إن المساواة لا تعني العدالة دائماً [1].

لذلك نجد إن الدول السائرة في طريق النمو تُنكر على القواعد القانونية التقليدية تلك القداسة التي يراد إسباغها عليها بحكم تطاول الزمن، وهي ترى انه لا يلزم قبول قاعدة معينة جيلاً بعد جيل وثبوتها على مر السنين، إنها قاعدة سليمة، أو إنها أفضل من غيرها، وتعتقد تلك الدول إن العكس هو الصحيح، وانه ينبغي إعادة النظر في القواعد القديمة [2].

(1) - د. محمد الدوري ود.جنان سكر - المصدر السابق - ص 79.

(2) - د. محمد بجاوي - من اجل نظام اقتصادي دولي جديد - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر - 1981 - ص 178.

لذلك نجدها تسعى إلى وضع قواعد جديدة للقانون الدولي لن يعود مجرد قانون للتعايش واللامبالاة، لكنه سيغدو قانوناً هادفاً، أي مجموعة من الأحكام مصاغة بقصد تحقيق غرض معين هو التنمية للجميع، وهكذا يحل محل حرية التصرف وترك الأمور تجري على ماهي عليه، وهو المبدأ الذي يحكم القانون الدولي التقليدي [1].

عليه أصبح القانون الدولي اليوم، محملاً بوظيفة حيوية من اجل التغيير، وذلك بالتأثير على الهياكل الاقتصادية، وبذلك يصبح مكلفاً بالمساهمة في تطور المجموعة الدولية [2].

وقد وجدت الدول في أعقاب الحرب العالمية الثانية إن من الضروري الدخول في تنظيم دولي يكون من بين أهدافه التعامل مع المشاكل الاقتصادية الدولية التي خلفها الاستعمار والحرب وتحقيق التنمية الاقتصادية، وإيجاد وسائل قانونية للتعامل معها والحد من آثارها، مع تطوير قواعد قانونية دولية تحقق الوصول لنظام اقتصادي دولي يكون مقبولاً في المجتمع الدولي.

إن النصف الثاني من القرن العشرين شهد تفاوتاً اقتصادياً كبيراً بين الدول المتقدمة والدول النامية، وعلى اثر ذلك بدأت الأصوات تعلو للمطالبة بوضع القواعد القانونية التي تنظم التنمية في المجتمع الدولي، على أساس إن صياغة القواعد العادلة للتنمية هي القادرة على تصحيح الاختلال في العلاقات الاقتصادية الدولية، والتخفيف من الآثار السلبية لظاهرة انقسام المجتمع الدولي إلى دول غنية ودول فقيرة [3].

---

(1) - د. محمد بجاوي - المصدر السابق - ص 167 - 168.

(2) - د. محمد بجاوي - المصدر السابق - ص 153.

(3) - د. محمد الشحات الجندي - قواعد التنمية الاقتصادية في القانون الدولي والفقه الإسلامي - منشورات دار النهضة العربية - 1985 - ص 9.

ويجد بعض فقهاء القانون الدولي، الذين يعولون كثيراً على التنظيمات الدولية التي برزت في أعقاب الحرب العالمية الثانية، بأن مساهمة القانون الدولي في إرساء النظام الاقتصادي الدولي الجديد، ينبغي أن يأخذ شكل خلق وتقنين قواعد جديدة، وليس إنشاء أجهزة وتنظيمات جديدة، ويعتبر إن المصادر التقليدية للقانون الدولي لا تسعف في هذا التطوير الجوهري والسريع المراد إدخاله على هذا القانون، حيث إن المصادر التقليدية التي نصت عليها المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية، وهي العرف والمعاهدات الدولية والمبادئ القانونية العامة، لا يبدو إن في مقدورها أن تقدم الإسهام الكافي في هذا الصدد، فلا معدى إذا عن اللجوء إلى تقنين القواعد الجديدة بواسطة القرارات التي تصدر عن المنظمات الدولية [1].

واقترابا من هذا التوجه الذي يعبر عن رغبة كبيرة تسعى إليها دول العالم الثالث بتحقيق التنمية الاقتصادية، التمست في وجود الأمم المتحدة، وتحديداً في إطار الجمعية العامة التي تكّون فيها الأغلبية، أفضل أداة لغرض الوصول إلى قواعد قانونية جديدة تكون أكثر عدالة، وتضمن الوصول بشكل أسرع إلى تعديل القواعد الدولية التقليدية، التي سادت في الفترة الاستعمارية باعتبارها أعرافا ملزمة. رغم ما نجده من نتيجة واقعية، بأن القانون الدولي للتنمية الذي نشأ في الستينات، هو ابعد من أن يكون منقطعاً عن مكتسبات القانون الدولي التقليدي [2].

ومن بين أكثر ما اهتمت به الأمم المتحدة تدوين القانون الدولي الذي يعني "

(1) - د. محمد بجاوي - مصدر سابق - ص 170 - 171.

(2) - بيار ماري دوبوي - القانون الدولي العام - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - سنة الطبع 2008 - ص 739

صياغة وتنظيم قواعد القانون الدولي منهجياً على نحو أدق في المجالات التي توجد بها ممارسات واسعة للدول وسوابق قضائية واقرها الفقه الدولي " [(1)]، ويكون التدوين أما جمع القواعد العرفية وتنسيقها وصياغتها بأسلوب واضح ومحكم لتيسير معرفتها ويطلق على مثل هذا النوع من التدوين بالتدوين الكاشف، أو إيجاد قواعد جديدة تتفق عليها الدول وتقبل بها لتنظيم علاقاتها في المستقبل، ويطلق على هذا الأسلوب في التدوين اصطلاح التدوين المنشئ، لأنه يعمل على تعديل القواعد الموجودة أو إنشاء قواعد قانونية جديدة، وهذا الأسلوب هو المتبع في الوقت الحاضر [(2)].

وتولت لجنة القانون الدولي تدوين موضوعات مهمة ترتبط بحماية الاستثمار الأجنبي بشكل مباشر ومنها قواعد المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية، وسيتبين لنا أثناء البحث العديد من تلك القواعد وأهميتها في حماية الاستثمار الأجنبي.

كما ساهمت لجنة القانون الدولي التجاري في تنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي وذلك من خلال وضع قواعد الاونيسترال للتحكيم والتي تعد أهم الصكوك التي أعدتها اللجنة [(3)]، وتم اعتمادها من قبل العديد من مراكز التحكيم الدولية، وعملت اللجنة على تطوير تلك القواعد لتكون قابلة للتطبيق على منازعات متعددة ومنها منازعات المستثمرين مع الدولة المضيفة وتم تعديل تلك القواعد لتحقق المتطلبات الحديثة [(4)]، كما قامت بوضع قواعد الشفافية في التحكيم ألتعاهدي بين المستثمرين والدول[(5)].

---

(1) - المادة (15) من النظام الأساسي للجنة القانون الدولي الصادر عام 1947.

(2) - د. عصام العطية - القانون الدولي العام - الطبعة السادسة - دون سنة طبع - ص 237.

(3) - تم اعتماد هذه القواعد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 9831 في 15 / كانون الأول / 1976.

(4) - تم تعديل القواعد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2265 في 6 / كانون الأول / 2010.

(5) - تم اعتمادها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 109 / 68 في 16 / كانون الأول / 2013، ودخل حيز النفاذ في 1 / نيسان / 2014

وكذلـك نجـد دوراً مهـما لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الذي ظهر نشـاطه في مجـال التجـارة الدوليـة، فبعـد أن فشـلت دول العـالم في التوصـل إلى نظـام تجـاري عالمـي عنـد نهايـة الحـرب العالميـة الثانية، عندهـا تجمعت الـدول الصناعيـة المتقدمة، بشـكل أسـاسي، في ترتيبـات خاصة عُرفت باسـم الاتفاقيـة العامة للتعريفـات والتجارة " الجـات "، منـذ عـام 1947، فيـما لجأت الـدول النامية إلى الدعوة لتشـكيل ترتيب مقابل هـو " مؤتمـر الأمـم المتحدة للتجـارة والتنمية " المعروف باسـم " الاونكتـاد " عام 1964، الأول نـادٍ للأغنيـاء والثاني تجمـع للفقراء [1].

يقـدم المؤتمـر تقريريـاً سـنوياً عـن حالة الاسـتثمار الأجنبـي في العـالم، ومؤشرات الانخفـاض والارتفـاع في تدفقاتـه، والأسـباب التـي تـؤدي لذلـك، مع المسـاهمة في بيان حالـة الاتفاقيـات الدوليـة الثنائيـة والمتعـددة الأطـراف المتعلقـة بالاسـتثمار، وتقديـم الدراسـات بشـأنها، ومـن بـين أهـم الموضوعـات التـي اهتـم بدراسـتها وحـاول وضـع القواعـد القانونيـة التـي تنظمهـا هـو موضـوع الـشركات المتعـددة الجنسـيات.

و نظـراً لمـا تمتلكـه الـشركات المتعـددة الجنسـيات مـن قـوة اقتصاديـة وسياسـية عـلى المسـتوى الـدولي، فقـد حاولـت بعـض المنظـمات الدولية وضـع قواعد سـلوك لتلك الـشركات يتـم بموجبهـا حماية القيم والاعتبـارات الدولية في مواجهة تلك القوة، والسـعي إلى تنظيـم أنشـطتها بمـا يحقـق رفاهيـة وتقـدم الـدول التـي تنتـشر فيها تلك الأنشـطة، مـن قبيـل المبـادئ التوجيهيـة التي وضعتها منظمـة التعـاون والتنمية الدوليـة[2]، كما إن مؤتمـرات الأمـم المتحـدة للتجـارة والتنميـة حاولـت وضـع قواعد للسـلوك منـه المتعلقة بالممارسـات التجاريـة وقواعـد للسـلوك فيما يتعلـق بنقل التكنولوجيـا [3].

(1) - د. حازم الببلاوي - مصدر سابق - ص 39.

(2) - صدر عن المنظمة بتاريخ 11 / 6 / 1976 إعلان بشأن الاستثمار الدولي والشركات المتعددة الجنسيات، ورغم ما أثير عن هذا الإعلان من ملاحظات تتمثل في كونه يحقق مصالح الدول الكبرى ومصالح الشركات المتعددة الجنسيات، إلا انه يعد محاولة متقدمة لتنظيم عمل هذه الشركات في إطار القانون الدولي.

(3) - قرار الأمم المتحدة بشأن مشروع تقنين دولي لقواعد السلوك المتعلق بنقل التكنولوجيا الصادر في 5 / 12 / 1980.

ويمكن إجمال أهم المبادئ التي تم التوصل إليها من خلال المجلس الاقتصادي والاجتماعي بشأن سلوك الشركات متعددة الجنسيات التي يجب عليها مراعاتها والالتزام بها، هي احترام سيادة الدول المضيفة للاستثمار والعمل بموجب قوانينها وأنظمتها الوطنية، واحترام حقوق الإنسان والحريات العامة، وان يكون عملها قاصداً تحقيق التنمية وفقاً لأولويات تلك الدول وبما يحقق أهدافها الاقتصادية، وان تتقيد الشركات بعدم التدخل في التأثير السلبي على العلاقات بين الدول، وان لا تتدخل في الشؤون الداخلية لها، وعدم التعاون مع الأنظمة العنصرية في جنوب أفريقيا، والتقيد بالقيم الاجتماعية والثقافية السائدة في البلد، وأن تمتنع عن ممارسة الفساد من خلال تقديم الأموال المادية والعينية وغيرها من المزايا للمسئولين الحكوميين، وغيرها من المبادئ [1].

(1) - مشروع مدونة السلوك للشركات متعددة الجنسيات الذي تم إعداده من قبل لجنة الشركات عبر الوطنية التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي وهي تتكون من (71) مادة، عرضت على المجلس في دورته لعام 1990 ولكن لم يتم إقرارها ويبدو إن السبب يعود إلى التباين الكبير في وجهات النظر بين الدول التي تنتمي إليها الشركات والتي تسعى إلى عدم وضع القيود أمام نشاطها وبين الدول المضيفة لاستثمارات تلك الشركات التي تسعى إلى تحديد وتقييد نفوذ تلك الشركات في الجانب السياسي وأن يكون أثرها ايجابياً في الجانب الاقتصادي والاجتماعي.

الفصل الأول

النظام القانوني لحماية الاستثمار الأجنبي

في القانون الدولي

ارتبـط مفهـوم حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي في القانـون الـدولي بشـكل أسـاسي مـع تطـور النظـام القانـوني للحمايـة، وأصبـح هـذا المفهوم يتبـدل من حيـث مضمونه والياتـه بتغـير النظـام القانـوني الـذي يسـود في فـترة زمنيـة معينـة.

لذلـك فـأن التغـيرات الكبـيرة التـي حصلـت في الإطـار العـام الـذي توجـد فيـه قواعـد حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، قـد انعكسـت بظلالهـا عـلى تحديـد وبيـان مفهـوم حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي.

عليـه كان مـن الـضروري أن يتـم عـرض المفهـوم بالتزامـن مـع بيـان تطـوره التاريخـي، حتـى يُمكـن تلمـس آثار ذلك التطـور في تغيـير هيكلية وبنـاء مفهوم حماية الاسـتثمار الأجنبـي.

ولا تكتمـل الصـورة الحقيقيـة لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي في القانـون الدولي إلا بمعرفـة وتحديـد طبيعـة المخاطـر التي يتحـرك القانون للوقـوف في مواجهتهـا أولاً قبل تحديـد طبيعـة الحماية.

ثـم نتعـرض ببيـان مضمـون الحمايـة المقررة في القانـون الدولي وهو ما سـيكون موضـوع المبحث الأول.

أمـا المبحـث الثـاني مـن هـذا الفصـل فيكـون مخصصـاً لبيـان مصـادر حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي التـي تسـتقي منهـا قواعدهـا، وبيـان لأهـم قواعـد الحمايـة في كل مصـدر مـن تلـك المصـادر.

عليـه سـيتم تقسـيم هذا الفصـل، لغرض الإحاطـة بمجمل ماذكرنـاه، إلى مبحثين وفقـاً للاتي:

- المبحث الأول: طبيعة المخاطر التي تغطيها الحماية في القانون الدولي
- المبحث الثاني: مفهوم حماية الاستثمار الأجنبي وتطوره تاريخيا
- المبحث الثالث: مصادر قواعد حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي

المبحث الأول

طبيعة المخاطر التي تغطيها الحماية في القانون الدولي

إن المخاطـر التجاريـة التـي يتعرض لها المشروع الاسـتثماري، كالعجـز عن الوفاء أو التوقف عن السـداد أو الإفلاس بالنسـبة إلى المسـتثمر أو بالنسـبة إلى مدينه، ظاهرة طبيعيـة مصاحبـة لأي مـشروع قائـم عـلى أسـس تجاريـة، لذلـك لا يثير هـذا النوع من المخاطـر أيـة مشـكلات قانونية بصـدد العلاقة بين المسـتثمر الأجنبي والدولـة المضيفة، أمـا مـا يتعـرض له مـن مخاطر غـير تجارية، فتثـير العديد من المشـكلات، لأنهـا خارجة عـن إرادتـه، بـل مفروضـة عليه قـسراً، وليس لديه اسـتعداد لتحمـل عبأها [1].

إن هـذا النـوع مـن المخاطر التـي اصطلح على تسـميتها بالمخاطر غـير التجارية كانـت محـلاً للاهتـمام في القانـون الدولي بشـكل كبـير، لما فيهـا من آثار على الاسـتثمار الأجنبـي، وسـنبين في ادنـاه تعريـف تلك المخاطـر وبيان أنواع نـزع الملكية.

(1) - محمد يونس الصائغ - المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي - أطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة الموصل - 2005 - ص91.

المطلب الاول

تعريف المخاطر غير التجارية

عـادةً مايسـتعمل مصطلـح " المخاطـر السياسـية " ويـراد بـه " المخاطـر غـير التجاريـة "، وكلاهـما يشـيران إلى مـا يمكن أن يتعرض له الاسـتثمار الأجنبـي من مخاطر تخـرج عـن إطـار المخاطـر التجارية.

ويُبـين التتبـع التاريخـي للمخاطر غير التجاريـة، بأنها مرت بمراحـل مختلفة من حيـث مـدى وضـوح المفهوم والتعامل معـه من قبل المسـتثمرين الأجانب.

ففـي العصـور القديمـة والى مطلـع السـتينات مـن القـرن العشريـن لم يكـن هـذا المفهـوم واضحـا بشـكل محـدد، عـلى الرغـم مـن إن تلـك المخاطـر كانـت من بين الاعتبـارات الإسـتراتيجية للمسـتثمر التي يأخذها بنظـر الاعتبار عند مباشرة الاسـتثمار، إلا انـه لم يكـن هنـاك بيـان مفصـل أو وعـي دقيـق لهـا، حيـث بـدأ الاهتمام بدراسـتها بشـكل جـدي في نهايـة الفترة الاسـتعمارية، وذلك بسـبب زيادة آثار تلـك المخاطر على الاسـتثمار الأجنبـي [1].

وقـد وردت عـدة تعريفـات لمفهـوم المخاطـر غـير التجاريـة، حيث تـم تعريفها بأنهـا " المخاطـر التـي تتحقـق عنـد اتخـاذ حكومـة الدولة المضيفـة أي إجـراءات يكون مـن شـأنها حرمـان المسـتثمر مـن ممارسـه حقوقه عـلى اسـتثماره، كالتأميـم والمصادرة ونـزع الملكيـة " [2].

(1) - Kamga Wafo - Political Risk and Foreign Direct Investment - Faculty of Economics and Statistics University of Konstanz - 1998 - p 16.

(2) - د. عبد الله عبد الكريم عبد الله - مصدر سابق - ص 144.

ومـا يُلاحـظ في هـذا التعريـف انـه يعتـبر الإجـراءات الحكومية التـي تصدر عن الدولـة المضيفـة هـي المصدر الوحيـد للمخاطر غير التجاريـة، وأن يكون بصـورة القيام بعمـل، أي يسـتبعد المخاطـر التـي تنشـأ عـن جهـات وقـوى في الدولـة في حـال إهمال الحكومـة القيـام بواجبهـا تجاه الاسـتثمار الأجنبي.

وتـم تعريفهـا في الاتجـاه نفسـه، مضافـاً إليهـا حالـة عـدم القيـام بعمـل، التـي يمكـن أن تـؤدي إلى المسـاس بحقـوق الملكيـة للمسـتثمر الأجنبـي، بأنهـا " الخسـارة الناشـئة عـن عمـل أو امتنـاع عن عمل يصدر عـن حكومة الدولة المسـتضيفة أو إحدى سـلطاتها العامـة أو الهيئـات المركزيـة أو المحليـة ويترتـب عليـه حرمـان المسـتثمر مـن حقوقـه أو سـلطاته الجوهريـة عـلى الاسـتثمار أو منافعـه" [1].

ويجـد البعـض فيها بأنها " التغـيرات غير المتوقعة في العوامل السياسـية التي تؤثر على الأسـعار النسـبية لعوامل الإنتاج والسـلع والخدمات، والتي تنشـأ عن الأفعال وردود الأفعـال الحكومية والمجموعات السياسـية في حدود الدولـة أو بين الدول " [2].

في هـذا التعريف نجده قد اسـتبعد فئة مهمـة من المخاطر غير التجارية البحتة، وهـي المخاطر التي تكون متوقعة بالنسـبة للمسـتثمرين الأجانـب، كحالة البلدان التي يشـوبها الاضطـراب السـياسي المسـتمر، ووفقـاً لذلـك فأن قـدوم الاسـتثمار في ظل هذه الأوضـاع يعنـي قبولـه بهـا رغم إن ذلـك لا ينفي عنها صفـة المخاطر غـير التجارية، كما وإن هـذا التعريـف اعتمـد عـلى اثـر تلـك العوامل في تغـير الأسـعار المتعلقة بالنشـاط الاسـتثماري في تحديـد مفهـوم المخاطـر غـير التجاريـة، وهـذا غـير دقيـق تمامـا، اذ إن حرمـان المسـتثمر مـن حقوقـه أو التأثـير في تلـك الحقوق، عـن أي طريـق آخر بشروط

(1) - د. إبراهيم شحاته - الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية - منشورات دار النهضة العربية - 1971 - ص 74.

(2) - Agmon Tamir - Political Economy and Risk in World financial Markets - Lexington books - 1985 - p7.

يحقـق الخطـر، كالحيلولـة بينـه وبـين اسـتخدام ملكيته بما يـراه يحقـق مصلحته فأنها تعتـبر مخاطـر حقيقيـة، فقـد يتعـرض المسـتثمر للمسـاس في حقـوق ملكيتـه دون أن يترتـب عليهـا زيـادة في تكاليـف الإنتاج.

ومـن المسـائل المهمـة التي أوردهـا التعريف والتـي تُعد ذات أهميـة كبيرة هي إدراجـه للمخاطـر الناشـئة عـن أنشـطة المجموعـات السياسـية التـي تؤثـر في حقـوق المسـتثمرين وتؤثـر في ملكيتهـم سـلباً، ولم يقصرهـا عـلى المخاطـر التي يكـون مصدرها الحكومـة، وأضـاف إليهـا المخاطـر الناشـئة عـن العلاقات بـين الدول، وهي مـن مصادر الخطـر الرئيسـة عـلى الاسـتثمار الأجنبـي نتيجة العـداء أو التقاطع السـياسي وما يترتب عليهـا مـن آثار.

ومـما يجـب الإشـارة إليـه بـأن ليـس التغيـير السـياسي بحـد ذاتـه يمثـل خطـرا عـلى الاسـتثمار الأجنبـي، وإنمـا مـا يمكـن أن يرتبـه مـن آثـار تنعكـس عليـه سـلباً، وعـلى ذلـك نؤيد من يذهب إلى القـول بأن المخاطر غير التجاريـة يتغير مفهومها مـن حيـث محتواها ونطاق مضمونها بتغير الظروف الاقتصادية والسياسـية للدول [1].

(1) - عاطف إبراهيم محمد - ضمانات الاستثمار في البلاد العربية - المطبعة العمرانية - الجيزة - سنة الطبع 1998 - ص 13.

المطلب الثاني

أنواع نزع ملكية الاستثمار الأجنبي

إن نزع ملكية الاستثمار الأجنبي تكون أما بصورة مباشرة أو غير مباشرة:

أولا: نزع الملكية المباشر

يُعرف نزع الملكية المباشر بأنه " النقل الإجباري القانوني لسند ملكية الممتلكات أو الاستيلاء المادي المباشر عليها " [1].

وبذلك فأنه في نزع الملكية المباشر عادةً ما تكون نية الدولة في الاستيلاء على الملكية عمدية وواضحة لا لبس فيها، يعبر عنها في القانون أو القرار أو الفعل المادي بحرمان المالك من ملكيته [2].

ويتحقق نزع الملكية المباشر عندما تقوم الدولة المضيفة للاستثمار بالاستيلاء المباشر على الممتلكات وحقوق الملكية الخاصة بالمستثمر الأجنبي، ونقل حقوق ملكيتها إليها أو إلى شخص ثالث أو الحيلولة المادية بين المستثمر وملكيته.

ان نزع الملكية المباشر إما ان يكون قانونياً أو واقعياً، حيث يكون نزع الملكية بحكم القانون وذلك بالاستيلاء على الممتلكات الخاصة بالمستثمر الأجنبي وحقوق ملكيته من خلال القوانين الداخلية أو القرارات الإدارية أو أية وسيلة قانونية أخرى، ويعتبر هو النوع الأكثر شيوعاً، أما نزع الملكية بحكم الواقع يكون عندما تقوم الدولة

(1) - UNCTAD - Series on Issues in International Investment Agreements II - expropriation - 2012 - p 6.

(2) - UNCTAD - Series on Issues in International Investment Agreements II - expropriation - 2012 - p 7.

باتخـاذ إجـراءات ماديـة واقعيـة تـؤدي إلى نزع سـيطرة المسـتثمر على أملاكـه دون أن تلجـأ إلى اتخـاذ إجـراءات قانونيـة، فهـي وسـيلة تعتمـد فيهـا الدولة على قوتهـا المادية مـن خـلال أجهزتهـا التنفيذيـة مثل الجيـش أو الشرطة في الاسـتيلاء عـلى الملكية، وذلك بالسـيطرة عـلى المـشروع الاسـتثماري وطرد موظفـي المسـتثمر وعماله منه.

ونجد ان نزع الملكية الواقعية أو المادية تعسـفية لا تسـتند إلى مبرر أو مسـوغ قانـوني في الغالـب، ويكـون مخالفـة قواعـد القانون الـدولي فيها أكثر وضوحـاً من النوع الأول.

ويمكن أن يتخذ نزع الملكية المباشر احد الصور القانونية أو المادية الآتية:

1 - التأميم:

يُعـرف التأميـم بأنه (أن تسـترد الأمة، والدولة هي شـكلها القانـوني، بعض موارد الـثروة الوطنيـة أو المرافـق العامـة مـن أيـدي الأفـراد لأسـباب تتصـل بالصالـح العـام كبنـوك الإصـدار ومناجـم الفحـم الحجري والسـكك الحديديـة والعديد مـن الصناعات الحربيـة كصناعـة السـفن والطائـرات والقذائف وغيرهـا) [1].

وذهبـت بعـض التعريفـات إلى التمييـز بـين نوعـين مـن التأميم، وذلك بحسـب هدفـه، حيـث تـم تعريفـه بأنـه (إجـراء يقصـد بـه نقـل ملكيـة مجموعـة مـن الأموال التـي تكـون في صـورة مـشروع إلى الأمـة، أما بهـدف القضاء الشـامل على كافـة مظاهر الملكيـة الفرديـة لوسـائل الإنتـاج، تلافيـاً للاسـتغلال ويسـمى التأميـم الإيديولوجـي، أو لمجـرد القضـاء عـلى سـيطرة رؤوس الأمـوال الأجنبيـة عـلى الاقتصـاد الوطنـي ويسـمى التأميـم الإصلاحـي) [2].

(1) - د. حسين سلوم - المالية العامة " القانون المالي والضريبي " - دار الفكر اللبناني - الطبعة الأولى - 1990 - ص38.

(2) - د. هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - دار الجامعة للطباعة والنشر - 2002 - بيروت - ص7.

ويقـع التأميـم في الغالـب في صناعة المـوارد الطبيعية مثل قطـاع الطاقة كالنفط والغـاز ومواقـع اسـتغلال المعـادن، وكذلـك قطـاع الكهربـاء، خاصـة عندما تعـبر الدولة المضيفـة عـن أهميتهـا في التنميـة الاقتصاديـة، واعتبارهـا من ثـروات البلـد [1]، لذا نجد إن التأميـم عـادةً مـا يكـون مـن خـلال الاسـتيلاء عـلى الملكيـة بصـورة ضخمـة وعـلى نطـاق واسـع في كافـة القطاعـات الاقتصاديـة أو في قطـاع مهـم كالصناعـة مثـلاً، ويتـم دائمـاً لاعتبـارات السياسـة العامـة أو بهـدف سـيطرة الدولـة عـلى الاقتصـاد [2]، ويمكـن القـول إن الحـالات الحديثـة للتأميـم أصبحـت نادرة جـداً[3].

2 - المصادرة ونزع الملكية للأغراض العامة:

جـاء حظـر المصـادرة ونـزع الملكيـة باعتبـاره ضمانة لحمايـة الاسـتثمار الأجنبي في قوانـين عـدد كبـير مـن الـدول، ومنهـا مـا ورد في قانـون الاسـتثمار العراقـي "بـأن هـذا القانـون يضمـن للمسـتثمر عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاسـتثماري المشـمول بأحـكام هـذا القانـون كلاً أو جـزءاً باسـتثناء مـا يصـدر بحقه حكـم قضائي بـات[4]، كما تبنتـه اغلـب قوانـين الاسـتثمار العربية[5].

(1) - Thomas Nektarios Papanastasiou - the legal protection of foreign investments against political risk - Doctoral thesis international studies - waseda university - 2012 - p 45.

(2) - UNCTAD - Series on Issues in International Investment Agreements II - expropriation - 2012 - p 6

(3) - من الأمثلة الحديثة لحالات نزع الملكية المباشرة، ما قامت به فنزويلا من تأميم الصناعة النفطية فيها، حيث أصدرت الجمعية الوطنية الفنزويلية في ايار 2009 قانوناً، يجيز للحكومة تولي عقود امتيازات الخدمات النفطية بضمنها الشركات الأمريكية والبريطانية، وقد قامت الحكومة الفنزويلية بالاستيلاء على المنشات النفطية، واستقدمت عمالاً من الهند وإيران وليبيا لتشغيل منصات النفط والمصافي المصادرة.

(4) - الفقرة (ثالثاً) من المادة (12) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل.

(5) - نصت المادة (8) من قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لسنة 2001 على انه " لا يجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها "، وكذلك المادة (13) من قانون الاستثمار الأردني رقم 68 لسنة 2003 " لا يجوز نزع ملكية أي مشروع أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة "

وتعـرف المصـادرة بأنهـا " إجـراء تتخـذه السـلطة العامـة في الدولـة وتسـتولي بمقتضـاه عـلى ملكيـة كل أو بعـض الأمـوال أو الحقـوق المالية المملوكة لأحد الأشـخاص وذلـك دون أداء أي مقابـل"[1].

وتنقسـم المصـادرة إلى المصـادرة الجنائيـة والمصـادرة الإدارية، وتعـرف المصادرة الجنائيـة بأنهـا "الاسـتيلاء عـلى مـال المحكـوم عليـه وانتقـال ملكيتـه إلى الدولـة بـدون أي تعويـض " [2]، وهـو مـن العقوبـات التكميليـة التـي تصدرهـا المحاكـم الجنائيـة، وقـد تصـدر أحيانـا عـن المحاكم الاسـتثنائية وذلـك في مواجهـة ظروف غـير عادية مثل تجريـد أعـداء الحكومـة مـن إمكانياتهـم الماديـة التـي قـد تسـاعدهم في قلـب نظـام الحكـم أو لمعاقبتهـم عـما ارتكبـوه مـن جرائـم [3].

أمـا المصـادرة الإداريـة فتعـرف بأنهـا (إجـراء وقـائي تقتضيـه اعتبـارات الأمـن والسـلامة والصحة والآداب العامة، كقيام السـلطات الإدارية بمصادرة الأغذية الفاسـدة مثـلاً أو الأفـلام أو الأشرطـة السـينمائية المخلـة بـالآداب العامـة) [4].

ووفقـاً للـرأي الراجـح في القانـون الـدولي المعـاصر فـأن المصـادرة تسـتوجب التعويـض في مواجهـة المسـتثمر متى كانت تحكمية أو لم تـراع فيها الإجراءات القانونية مـما يضفـي عليهـا وصـف الخطر السـياسي[5].

---

(1) - - د. هشام علي صادق - مصدر سابق - ص 19.

(2) - د.علي حسين الخلف و د.سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - سنة الطبع 1982 - ص 438.

(3) - رواء يونس محمود النجار - النظام القانوني للاستثمار الأجنبي " دراسة مقارنة " - دار الكتب القانونية - 2012 - ص 237.

(4) - عمر هاشم محمد صدقة - مصدر سابق - ص 37.

(5) - عاطف إبراهيم محمد - مصدر سابق - ص34

أما نـزع الملكيـة لأغـراض المنفعـة العامـة فتعـرف بأنهـا (تملـك الدولـة لأمـوال عقاريـة مملوكـة لأشـخاص خاصـة لدواعـي الصالـح العـام بموجـب قـرار إداري يصـدر عـن الجهـة المختصـة) [1].

ت - الاستيلاء المادي:

وتتمثـل هـذه الصـورة مـن صـور نـزع الملكيـة بالحيلولـة بـين المسـتثمر وبـين ملكيتـه بصـورة ماديـة أي انـه لا يتم نزع ملكيته مـن الناحية القانونيـة، كما هو الحال عليـه في الصـور الأخـرى، وبقـاء سـند الملكيـة القانوني باسـم المسـتثمر، إلا انـه لا يمكنه التـصرف في ملكـه بحريـة، ويترتـب عليه انـه يؤدي ذلك الاسـتيلاء إلى حرمان المسـتثمر مـن الانتفـاع بـه وحرمانـه من مزايـاه التـي يخولها لـه القانون.

ثانياً: نزع الملكية غير المباشر

يُعـد نـزع الملكيـة غـير المباشر صـورة حديثة لنـزع الملكيـة، بدأت تأخـذ مداها الواسـع والمؤثـر عـلى الاسـتثمار الأجنبـي، حتـى يمكـن القـول إنهـا أبعـدت الصـورة التقليديـة لنـزع الملكيـة عـن الواجهـة وأصبحـت تتصدر بشـكل واضح مشـهد المخاطر غـير التجاريـة، حيـث باتـت تمثـل جوهـر العديـد مـن المنازعـات بـين الـدول المضيفـة للاسـتثمار والمسـتثمرين الأجانـب.

ويعـود ظهـور مفهـوم نـزع الملكية غـير المبـاشر إلى منتصف القرن التاسـع عشر تقريبـاً، ففـي عـام 1838 قامـت الحكومـة في صقليـة بإصـدار قـرار منحـت بموجبـه احتـكار عمليـة اسـتخراج وتصديـر الكبريـت إلى إحدى الـشركات واسـتبعدت الشركات الأخـرى، وكان مـن بـين الـشركات المسـتبعدة شركات تعـود لمواطنـين مـن المملكـة المتحـدة، رغـم إن تلـك الـشركات قامـت بإيـداع ضمانـات لـدى الحكومـة الصقليـة،

(1) - د. عبد الباقي نعمة - نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية القانون - جامعة بغداد - 1987 - ص172.

وفي عـام 1840 قامـت الحكومـة البريطانيـة بالتدخل والضغط على صقليـة مع التهديد باسـتخدام القوة العسـكرية، ورضخـت الحكومة الصقلية وقامت بإلغـاء قرار الاحتكار، وتشـكلت لجنـة تحكيـم للنظـر في مطالبـات المسـتثمرين البريطانيـين، وقـررت اللجنـة إلـزام الحكومـة في صقليـة بدفـع تعويضـات للمسـتثمرين، باعتبـار إن قرارهـا اثـر في حقـوق ملكيتهـم وتسـبب في أضرار اقتصاديـة لهـم، واعتبرتـه نزعاً للملكية بشـكل غير مباشر[1].

كـما ظهـرت الإشـارة إليـه في عدد من أحـكام محكمة العـدل الدوليـة الدائمة[2]، ومحكمـة التحكيـم الدائمة[3]، وفي عدد من أحكام لجنـة المطالبات الأمريكية - الإيرانية، حيـث جـاء في احـد الأحـكام الصـادرة عنهـا بأنـه " مـن المعـترف بـه بموجـب القانـون الـدولي إن الإجـراءات التـي اتخذتهـا الدولـة يمكـن اعتبارهـا تدخـلاً في حـق الملكية إلى حـد يجعـل هـذه الحقـوق عديمـة الفائـدة، بحيـث يجـب اعتبارهـا بأنـه قـد تـم نـزع ملكيتهـا، رغـم إن الدولـة لا تبغـي مصادرتهـا وان سـند ملكيتهـا القانوني لا يزال رسـميا مـع المالك الأصـلي"[4].

(1) - لمزيد من الأمثلة يُنظر:
c.christie - What Constitutes a Taking of Property Under International Law - british yearbook of international law - 1962 - p 307 - 338.

(2) - مثل ماورد في حكمها في قضية مصالح الرعايا الألمان في سيليزيا العليا بين ألمانيا وبولندا والتي صدر فيها الحكم بتاريخ 25 / ايار / 1926.

(3) - مثل ماورد في قضية البحارة النرويجيين بين النرويج والولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 13 / تشرين الأول / 1922.

(4) - من قبيل ماورد في قضية (Starrett Housing) ضد إيران بتاريخ 19 / كانون الأول / 1983.

وقد وردت عدة تعريفات لنزع الملكية غير المباشر، أو مايُعرف بالاستيلاء التنظيمي، فقد عُرف بأنه " الحالة التي تتدخل فيها الدولة بالحد من استخدام أو الاستفادة من منافع الملكية، دون أن يتم الاستيلاء عليها أو المساس بسندها القانوني"[1].

كما عرفته إحدى هيئات التحكيم بأنه " الحالة التي تقوم فيها الدولة المضيفة باستخدام سلطاتها التشريعية والتنظيمية لاتخاذ تدابير تؤدي إلى الحرمان أو التقليل من منفعة المستثمرين من استثماراتهم دون تغيير واقعي أو إلغاء للسند القانوني لملكيتهم، ودون أي إنقاص في تحكمهم في استثماراتهم"[2].

مما تقدم يتضح بأنه يدخل ضمن المفهوم الواسع لنزع الملكية غير المباشر أي إجراء يكون له اثر يماثل اثر نزع الملكية المباشر، أو ما يسمى بـ" التدخل "، كالحرمان من المنفعة، أو الحرمان من السيطرة الفعالة على الاستثمار، أو مضايقة المستثمر في نشاطه، أو اتخاذ إجراءات غير متجانسة في تعاملها مع المستثمرين[3].

ويمكن أن يتخذ نزع الملكية غير المباشر أكثر من صورة وذلك بحسب الامتداد الزمني لتحقق أثره، فهو يمكن أن يُحقق أثره على ملكية المستثمر بصورة واضحة ومؤثرة في تدبير أو إجراء واحد معين تتخذه الدولة في وقت معين.

---

(1) - Yannaca Small Catherine - Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law - Organization for Economic Co - operation and Development - 2004 - p 4.

(2) - قضية (Suez et al) الفرنسية ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم ARB / 03 / 19 بتاريخ 30 / تموز / 2010 - الفقرة 132.

(3) - Javier haro benavides - the expropriation clause and the tension between foreign investment and the public interest - Thesis for the degree of Master in International Law - University de Chile - 2011 - p12.

وقـد يكـون في صـورة أخـرى مـن خـلال مجموعـة مـن الإجـراءات والتدابـير التـي تتخـذ عـلى فـترات زمنيـة مختلفـة، بحيـث إن الأثر المسـتقل لكل واحـد من تلك الإجـراءات بمفـرده لا يمكـن أن يحقـق اثـر نـزع الملكيـة، ولكنهـا بمجموعهـا في نهايـة المطـاف، يمكـن أن تحقـق تلـك النتيجة وهـو ما يعرف نـزع الملكية " الزاحـف " [1]، أي إن الأثـر يتحقـق بمـرور الزمـن ليصـل إلى ذات الأثـر الـذي يتحقـق نتيجة نـزع الملكية بصـورة مباشرة.

وقـد أخـذت محاكـم التحكيـم بفكـرة نـزع الملكيـة الزاحـف في عـدة قـرارات، حيـث أشـارت إليـه محكمـة التحكيـم في قضيـة شركـة (Generation Ukraine inc) بأنـه " شـكل مـن أشـكال نـزع الملكيـة غـير المبـاشرة يتميـز بخاصيـة زمنيـة، أي بمعنى إن الحالـة وفقـاً لـه تتكـون من سلسـلة من الإجـراءات المنسـوبة إلى الدولـة تتخذ على مـدى فـترة مـن الزمـن وتبلـغ ذروتهـا لتصل إلى نـزع الملكيـة [2].

إن تلـك الصـورة لنـزع الملكيـة تكـون بطيئـة وتدريجية في أثرها عـلى حق معين مـن حقـوق المسـتثمرين أو أكـثر، فهـي تـؤدي إلى التقليـل مـن قيمـة الاسـتثمارات، وعـادة مـا تكـون آثارهـا غير ملحوظة عـلى المدى القصـير ولكنها بالتدريـج وعلى المدى الطويـل يمكنهـا أن تؤثـر عـلى ملكيـة المسـتثمر بصـورة كاملـة، أو تـؤدي الى حرمـان المُسـتثمر مـن الانتفـاع مـن ملكيتـه بشـكل كبـير، وعندها تكـون تلك التدابـير أكثر من مجـرد إجـراءات تنظيميـة، فرفـع نسـبة الضرائـب، الـذي يكون عـلى عدة فـترات زمنية يمكـن أن يـؤدي إلى التأثـير عـلى ملكية المسـتثمر [3].

(1) - Peter D. Isakoff - Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments - Global business law review - Vol. 3 - 2013 - p195.

(2) - قضية شركة (Generation Ukraine inc) الأمريكية ضد أوكرانيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم 9 / 00 / ARB بتاريخ 15 / أيلول / 2003 - الفقرة 20 - 22، وكذلك قضية شركة (Santa Elena. S.A) ضد جمهورية كوستاريكا التي نظرها المركز ذاته - القضية رقم 1 / 96 / ARB بتاريخ 17 / شباط / 2000.

(3) - Javier haro benavides - ibid - p15.

ويثير نزع الملكية "الزاحفة" بما سبق وصف لها عدة مشاكل قانونية تتعلق بحماية الاستثمار الأجنبي منها:

(أ) المسؤولية، أي المرحلة التي تتحقق فيها مسؤولية الدولة، أو الوقت الذي تكون فيه نزع الملكية أخذت فاعليتها في التأثير على حقوق المستثمر.

(ب) التقييم، أي التاريخ المعتمد لتحديد قيمة الأضرار التي لحقت بالمستثمر لغرض تقدير التعويض.

ومن أكثر الحالات شيوعاً لنزع الملكية غير المباشرة هي الزيادة في الضرائب، والقواعد التنظيمية المشددة التي تؤثر على عملية الاستثمار مثل التقييد أو الحرمان من الصادرات، أما أكثر المسائل أهمية في نزع الملكية غير المباشرة تتحقق عند إبطال أو إلغاء الدولة المضيفة للاستثمار الترخيص أو التصريح اللازم لإنشاء أو تشغيل الاستثمار ومنع المستثمرين من ممارسة أنشطتهم التجارية [1].

ولكن هذا لايعني إن كل تنظيم حكومي في هذا الإطار المعياري يؤثر سلباً على ظروف الاستثمار الأجنبي سيشكل نزعاً للملكية [2].

(1) - Thomas Nektarios Papanastasiou - ibid - p 48.

(2) - W. Michael Reisman & Robert D. Sloane - Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation - British Yearbook of International Law - 2003 - p 117.

المبحث الثاني

مفهوم حماية الاستثمار الأجنبي

في القانون الدولي وتطورها تاريخيا

نبين في هذا المبحث الطبيعة القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي، وهو ما سيكون محل البحث في المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني نعرض للتطور التاريخي للنظام القانوني لحماية الاستثمار الأجنبي بشكل مفصل وبما يوضح المراحل التي مر بها نظام حماية الاستثمارات الأجنبية حتى وقتنا الحاضر.

المطلب الأول

مفهوم حماية الاستثمار الأجنبي

لا تخلـو أي مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة والجماعيـة من ذكر لفـظ الحماية "protection" سـواء ورد ذلـك في عنوانهـا [1] أو ديباجتها [2] أو نصوصها[3]، وهذا اللفظ هـو المحـور الـذي تقـوم عـلى بيانـه ومعنـاه تفسـير الاتفاقيـة لأغـراض تطبيقهـا، أو في حالـة التنـازع عنـد نظـر الخـلاف مـن قبـل المحكمـة، حيـث يمكن مـن خلالـه الوقوف عـلى إطارهـا ومحتواهـا ومضمونها.

في اللغـة، حمايـة الـشيء مـن الناس منعـه عنهم، حامـى مُحَاماةً وحِـماء عنه أي منـع ودافـع عنـهُ، واحتمـى منـه أي اتقـاه [4]، وحَميتـهُ حِمايـة إذا دفعـت عنـهُ، وهـذا شيء حمـى عـلى فِعَـلٍ أي محظور لا يُقْـرَبُ [5].

(1) - مثلاً " اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق واليابان " لعام 2012، " اتفاقية بين جمهورية العراق وجمهورية ألمانيا الاتحادية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات " لعام 2010.

(2) - ماورد في ديباجة اتفاق تشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق وفرنسا لعام 2010 " إدراكا منهما بأن تشجيع الاستثمارات وحمايتها من شأنها حفز انتقال رؤوس الأموال والتكنولوجيا بين البلدين "، وما ورد في الاتفاقية بين جمهورية مصر وألبانيا لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة لعام 1994 " وإدراكا منهما إن تشجيع وحماية الاستثمارات وفقاً للاتفاق الحالي سوف يكون حافزاً لتنشيط المبادرة في هذا المجال "

(3) - ماورد في المادة (2 / 2) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وأرمينيا لعام 2012 " تتمتع استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد وفي جميع الأحوال بمعاملة عادلة ومنصفة وحماية كاملة وآمنة على أراضي الطرف المتعاقد الآخر "

(4) - لويس معلوف - المنجد في اللغة - المطبعة الكاثوليكية - بيروت - ص 156.

(5) - ابي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري - الصحاح - منشورات دار الحديث - القاهرة - سنة الطبع 2009 - ص286.

وفقاً للمعنى اللغوي العام الذي أوردته معاجم اللغة فأنه يمكن القول إن لفظ الحماية يعني منع الشيء أو الحالة من التهديد ومن المخاطر المادية والمعنوية، سواء كانت تلك المخاطر ذات طبيعة فيزياوية ملموسة أو ذات طبيعة مالية أو قانونية.

ويساهم تحديد معنى اللفظ وانسجامه مع غرض الاتفاقية وموضوعها كثيراً وبشكل أساسي في تفسير أحكام الاتفاقية، وهو ما يضفي على أحكام اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي صبغة معينة تميزها من غيرها من الاتفاقيات التي تكون لأغراض أخرى، وهذا الإطار العام للاتفاقية الذي يستمد من صياغة عباراتها واختيار ألفاظها يسهم في تذليل الكثير من الصعوبات عند تطبيقها وعند تفسيرها.

وقد بينت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات [1]، بأن تفسير المعاهدة يتم ضمن سياق موضوعها والغرض منها، اذ نصت على ان " تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها " [2]، وعليه فأن الإشارة إلى الحماية في ديباجة اتفاقية الاستثمار الثنائية يشير إلى إن معايير الأمان والمعاملة العادلة والمنصفة المُعبر عنها في متن الاتفاقية تكون متصلة بشكل مباشر مع غرضها[3].

(1) - تم اعتماد الاتفاقية من قبل الأمم المتحدة وعُرضت للتوقيع عليها بتاريخ 23 / ايار / 1969، ودخلت حيز النفاذ في 27 / كانون الثاني / 1980.

(2) - المادة (31 / 1) من الاتفاقية.

(3) - George K. Foster - Recovering Protection and Security The Treaty Standard's Obscure Origins Forgotten Meaning and Key Current Significance - vanderbilt journal of transnational law - vol. 45 - 2012 - p 1095.

وعـبرت إحـدى محاكـم التحكيـم عـن ذلك بالقول " من المناسـب لغرض تفسـير شرط الحمايـة والأمـان، فأنـه يجـب أن يؤخـذ بنظـر الاعتبـار تحقيـق روح وأغـراض الاتفاقيـة عمومـاً، ويتمثـل بشـكل واضـح في هـذه القضيـة بتشـجيع الاسـتثمارات مـن خـلال تأمـين بيئـة مناسـبة مـن الحمايـة القانونيـة " [(1)].

إن اغلـب المنازعـات التـي تُثـار عنـد تطبيق المعاهـدات منشـؤها الاختلاف بين الأطـراف في تقديـر معنـى الألفـاظ والاصطلاحـات التـي تتضمنهـا المعاهـدة، ولتوضيح معنـى الألفـاظ فـأن اتفاقيـة فينـا تقـضي بـأن يكـون التفسـير طبقـاً للمعنـى العـادي، فهـذا يعنـي أن النـص إذا كان واضحـاً ومعنـاه مألوفاً فيجـب الوقوف عند هـذا المعنى دون محاولـة التوسـع في التفسـير عـن طريـق إعطـاء الألفـاظ معـاني أخرى غـير المعتاد عليها [(2)].

ونجـد أن لفـظ الحمايـة الـذي يـرد في اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة وفقـاً لمعناه العـادي يسـتوعب جميـع المخاطـر التـي يتـم الاتفـاق عـلى شـمولها بأحـكام الاتفاقية سـواء كانـت ذات طبيعـة ماديـة أو قانونيـة.

وهـو مـا اكدتـه محاكـم التحكيـم بشـكل واضـح في العديـد مـن أحكامهـا، فقد بينـت محكمـة التحكيـم في احـد القضايـا التـي تنظرها بأن " عبـارة الحمايـة يمكنها أن تغطـي الأضرار غـير الماديـة، وأن الاتفاقيـة لا يمكـن بـأي حـال مـن الأحـوال تقييدها أو حصرهـا بالحمايـة المادية"[(3)].

(1) - قضية (Asian Agric. Prods. Ltd) ضد جمهورية سريلانكا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم 3 / 87 / ARB في 26 / حزيران / 1990.

(2) - د. عصام العصية - مصدر سابق - ص 184.

(3) - قضية شركة (Nat'l Grid P.L.C.) ضد الأرجنتين - التي حكمتها لجنة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (Dr. Andrés Rigo Sureda,) بتاريخ 20 / حزيران / 2006، وفي ذات المضمون كذلك في قضية (Azurix Corp) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم 12 / 01 / ARB بتاريخ 14 / تموز / 2006.

وما يتعرض له الاستثمار الأجنبي من مخاطر هي في الأعم الأغلب ذات طبيعة قانونية، ذلك إن المخاطر والتهديدات المادية على ملكية المستثمر الأجنبي تراجعت كثيراً عما كانت عليه في السابق، وأصبحت المخاطر القانونية والمالية هي التي تتصدر قائمة ما يتعرض له الاستثمار الأجنبي من تحديات، وهو ما أشارت إليه احدى المحاكم بشكل واضح، اذ بينت بشأن معنى الحماية بأنه يعني " أن تضمن الدولة وبشكل مستقر بيئة آمنة من الناحية المادية والتجارية والقانونية على حد سواء " [1].

وهذا المفهوم للفظ الحماية ينسجم مع موضوع اتفاقيات حماية الاستثمار الدولية وغرضها، الذي تؤكد عليه العديد من ديباجات تلك الاتفاقيات، فقد ورد في ديباجة الاتفاقية المبرمة بين العراق وجمهورية ألمانيا الاتحادية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بأن القصد من إبرامها هو " خلق أفضل الظروف الملائمة للاستثمارات من قبل المستثمرين لأي من الدولتين وضمن حدود أراضي الدولة الأخرى " [2]، وما ورد في ديباجة الاتفاقية المبرمة بين العراق واليابان لتشجيع وحماية الاستثمار التي بينت بأن الغرض منها هو " خلق مزيد من الظروف المستقرة والعادلة والملائمة لاستثمارات اكبر من قبل مستثمري طرف متعاقد في إقليم الطرف المتعاقد الآخر " [3].

---

(1) - قضية (Biwater Gauff) ضد تنزانيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم 22 / 05 / ARB بتاريخ 24 / تموز / 2008.

(2) - الاتفاقية بين جمهورية العراق وجمهورية ألمانيا الاتحادية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات"الموقعة بتاريخ 4 / 12 / 2010 والمصادق عليها بالقانون رقم (60) لسنة 2012.

(3) - اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق واليابان الموقعة بتاريخ 7 / 6 / 2012 والمصادق عليها بموجب القانون رقم (34) لسنة 2013.

مـما تقـدم يمكـن القـول إن اختـلاف طبيعـة المخاطر التـي يمكـن أن يتعرض لها الاسـتثمار الأجنبـي في الدولـة المضيفة، يجـب أن تقابلها حماية مادية وقانونية تنسـجم مـع طبيعـة تلـك المخاطـر، يتحقق من خلالها تطبيـق ما تفرضه قواعـد القانون الدولي، وفي ضـوء ذلـك يمكـن تصنيف الحمايـة التي يتمتع بها الاسـتثمار الأجنبـي إلى نوعين:

1 - الحماية المادية:

هـذا النـوع مـن الحمايـة ينسـجم مـع المخاطـر الماديـة التـي يمكـن أن يتعـرض لهـا الاسـتثمار الأجنبـي كالاسـتيلاء المـادي أو الحيلولـة المادية بين المسـتثمر وبـين إدارة ملكيتـه أو الإضرار المـادي المبـاشر باسـتثماره كإتلافـه أو الإضرار بـه، أو الإضرار المـادي غـير المبـاشر مثـل إغـلاق الميـناء البحـري الـذي يعتـبر المنفـذ الوحيـد للبضائـع والمـواد الأوليـة، ويكـون مـن واجـب الدولـة المضيفـة أن تتخـذ الإجـراءات والتدابـير التي تمنع هـذه الأعـمال، وان تحـول بينهـا وبـين الإضرار بملكيـة المسـتثمر الأجنبـي.

وقـد أشـارت محكمـة التحكيـم في قضيـة (Eastern Sugar) للحمايـة الماديـة الى أنـه " يقـع عـلى الدولـة المضيفـة التـزام بحمايـة المسـتثمر مـن الأطـراف الثالثـة، كالمتمرديـن والغوغـاء والقتلـة المأجوريـن وغيرهـم ممـن يمـارس العنـف يوجـب عليها تأمـين الحمايـة الماديـة ضـد أي انتهاك تجاه المسـتثمر، وان فشـلها في التحـرك لمنع تلك الأطـراف مـن اعتداءاتهـا يمثـل إخـلالا بواجبهـا الـذي تفرضـه الاتفاقيـة "[1].

(1) - قضية (Eastern Sugar) ضد جمهورية التشيك - تم نظرها من قبل هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (Pierre A. Karrer) - بتاريخ 27 / آذار / 2007 - الفقرة 203.

2 - الحماية القانونية:

كانـت الحمايـة المادية هـي الأسـاس في تأمـين حمايـة ملكيـة الأجانـب، إلا إن الحـال تغـير كثـيراً فأصبحـت الحمايـة القانونيـة تشـكل الركيـزة الأساسـية لحمايـة تلك الحقوق.

وتنسـجم الحمايـة القانونيـة مع التطـورات التي حصلت في مفهـوم حق الملكية الـذي لم يعـد مقتـصراً عـلى الممتلـكات الحسـية " الملموسـة "، وإنمـا أصبحـت شـاملة لحقـوق وتراخيـص وملكيـة ذهنيـة والحـق في النفاذ إلى السـوق وغيرها وهـي بالتأكيد لا يمكـن أن تؤمـن حمايتهـا بالوسـائل المادية.

ويمثـل التـزام الدولـة المضيفـة بعـدم المسـاس بحقـوق المسـتثمر وعـدم نـزع الملكيـة بالمصـادرة أو التأميـم إلا وفقـاً لمـا تقـرره القواعـد القانونيـة الوطنيـة والدولية مـن أهـم وسـائل الحمايـة القانونيـة للاسـتثمار الأجنبـي، مـع ضـمان معاملتـه معاملة عادلـة ومنصفـة وعـدم اتخـاذ إجـراءات تمييزيـة بحقـه، وتأمـين إمكانيـة الدفـاع عـن حقوقـه والمطالبـة بهـا أمـام الهيئـات القضائيـة وفقـاً لإجـراءات ومعايير عادلـة، وان لا تتخـذ الدولـة المضيفـة إجـراءات وتدابـير قانونيـة تجعـل الاسـتثمار الأجنبـي غـير ذي فائـدة اوتـؤدي إلى التقليـل مـن قيمتـه.

المطلب الثاني

التطور التاريخي للنظام القانوني لحماية الاستثمار الأجنبي

إن الاستثمار الأجنبي لم يكن في وجوده التاريخي واضحاً كوضوح فكرة الملكية، وإنما ظهر نظاماً اقتصادياً وقانونياً في فترة زمنية قريبة، ومر بمراحل متعددة تجلت فيها صورته واتضحت معالمه، وتبعاً لذلك التطور ارتبطت حمايته ايضاً بالمتغيرات السياسية والاقتصادية، وتطورت وفقاً لها ويمكن أن نقسم ذلك التطور على عدة مراحل زمنية:

1 - نظام حماية الاستثمار الأجنبي في المرحلة الاستعمارية

بدأت ملامح ظهور الاستثمار في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، حيث شهدت هذه الفترة بداية الثورة الصناعية في بريطانيا بالدرجة الأولى، ثم لاحقاً وعلى نحو متزايد في أوربا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، التي رافقها تحقيق فوائض كبيرة في رؤوس الأموال كان من شأنها تحريك الاستثمار الأجنبي على نطاق واسع لم يشهده التاريخ في السابق، وقد اتخذت غالبية الاستثمارات صورة الاستثمارات المالية.

وتحقق ارتفاع في مستوى الاستثمار الأجنبي بشكل متسارع خلال الفترة ما بين 1870 - 1914 [1]، حيث يمكن القول إن البداية الفعلية لتدفق تلك الاستثمارات كان نحو بريطانيا في سنة 1852 من قبل شركة (Colt)، وتبعتها في سنة 1867 شركة (Singer) [2].

(1) - David Held & Anthony Mc Grew & David Goldblatt & Jonathan Perraton - Global transformations: Politics, Economics, and Culture - Stanford University Press - 1999 - p239.

(2) - سرمد كوكب الجميل - التمويل الدولي - مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة الموصل - الطبعة الأولى - سنة الطبع 2002 - ص 16.

وقـد تميـزت تلـك الفـترة بـأن حمايـة الاسـتثمارات كانـت تتـم من خـلال النظم القانونيـة للـدول الاسـتعمارية، حيـث منحـت الأنظمـة القانونية الداخلية لهـذه الدول حمايـة كافية للاسـتثمارات التي دخلت مسـتعمراتها، وقد تهيأت قـدرة هائلة للشركات الكـبرى عـلى حشـد التأييـد للتشريعات التـي تحمي تلك الاسـتثمارات.

ومـع وجـود هكـذا نظـام لضـمان حمايـة تدفقـات رؤوس الأمـوال داخـل المسـتعمرات، كانـت الحاجـة لوجـود القانـون الـدولي لحمايـة الاسـتثمارات الأجنبية في حدهـا الأدنى، فلـم تكـن هناك حاجـة لتطور نظام قانوني مسـتقل لحماية الاسـتثمارات الأجنبيـة [(1)].

وقـد انفـردت الـدول الاسـتعمارية، التـي هـي في غالبيتهـا مـن الـدول الأوربية، بوضـع قواعـد حماية الاسـتثمار، والتـي تهدف من ورائهـا تكريس نفوذها الاسـتعماري وتحقيـق مصلحتهـا الخاصـة، ومصالح الـشركات التي تعمل تحت رعايتها، وتسـعى من خلالهـا لنهـب ثروات وموارد الشـعوب المُسـتَعمَرة.

ورغـم إن تلـك القواعـد تمثـل تشريعـات داخليـة للـدول الاسـتعمارية، إلا إن ممارسـات تلـك الـدول وتواتـر تطبيقها لتلك القواعـد التي كانت متقاربـة في مضمونها، جعلهـا تخـرج مـن إطارهـا الداخلي لتتحـول إلى قواعد دوليـة عرفية، نشـأت من خلال اسـتمرار العمـل بهـا مـع الشـعور بإلزامهـا باعتبارها قواعـد قانونية.

ووفقـاً لهـذه الآليـة نشـأت جملة مـن القواعـد القانونيـة التي وضعـت لحماية اسـتثمارات مواطنـي وشركات الـدول الاسـتعمارية، وأصبحـت تمثـل النظـام القانـوني الواجـب التطبيـق، واسـتمرت آثارهـا لفـترات طويلـة لاحقـة حاولـت فيهـا الـدول الاسـتعمارية عـدم خـروج الـدول الأخـرى عنهـا.

(1) - M. Sornarajah - international law on foreign investment - third edition - Cambridge University press - 2010 - p 19.

كما حاولت الدول الاستعمارية فرض تلك الممارسات على الدول الأخرى، حيث كان احد الشروط الأساسية التي وضعتها الدول الأوربية للاعتراف بالدول النامية الجديدة، هو قبولها بكافة القواعد الدولية المعمول بها.

وهكذا نلاحظ كيف نشأت القواعد الدولية العرفية المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية في ظل ظروف استعمارية لم يشهد لها العالم مثيلاً، إذ بدأت الدول الاستعمارية الغربية بأقليتها تحكم العالم بوضع قواعد الاستغلال الدولية متخفية وراء ثلاثة مبادئ هي، المساواة في السيادة، وحرية التجارة، والتعامل الدولي.

ومن الواضح إن نظام حماية الاستثمارات هذا لم يكن له علاقة بالقانون الدولي بشكل واضح، وإنما يمثل في حقيقته نظام قانوني داخلي، يخدم مصالح الدول الاستعمارية.

إلا انه مما يجدر الإشارة إليه، إن القانون الدولي لم يكن خالياً بصورة مطلقة من قواعد تتعلق بحماية الاستثمار الأجنبي، فبالإضافة إلى قواعد القانون الدولي العرفي التي تشكل المصدر الرئيس لحماية الاستثمار الأجنبي، كانت هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تعرف باسم " اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة FCN "، فقد وُضِعتْ أولى تلك الاتفاقيات بين فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية في عام 1778 [1]، وعلى الرغم من إن هذا النوع من الاتفاقيات قد وضع أساسا لتسهيل التجارة والتبادل التجاري بين الدول المتقدمة، أي إنها كانت تركز على إقامة علاقات تجارية، إلا إنها أوردت، في بعض الأحيان، أحكاما لحماية ملكية الأجانب، وتضمنت عدد منها قواعد تفرض " حماية خاصة " أو " حماية كاملة" لممتلكات مواطني الطرف المتعاقد الآخر، ودفع التعويض في حالة نزع الملكية،

(1) - Richard Karugarama Lebero - The International Law Framework for Foreign Investment Protection - PhD Thesis University of Glasgow - 2012 - p23.

وضمان تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على مواطني الطرفين وما يتبعه من مزايا، وشمولهم بالمعاملة الوطنية فيما يتعلق بالمساهمة في أنشطة تجارية معينة في إقليم الطرف الآخر، بل في بعض الحالات وفرت حماية، وان كانت محدودة، لنقل العملة بين الطرفين، إلا إن مجمل ذلك كان يتعلق بملكية الأجنبي عموماً ولا توجد قواعد خاصة بحماية الاستثمار الأجنبي [1].

2 - نظام حماية الاستثمار الأجنبي في مرحلة بداية التحرر من الاستعمار

إن التحول الأكبر في نظام الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية جاء في أعقاب بروز بعض الدول التي تحررت من الاستعمار، وبعد أن أصبحت تلك الدول مركز استقطاب للاستثمارات الأجنبية، وأفضل مثال لها هو دول أمريكا الجنوبية والوسطى التي استقلت في بداية القرن التاسع عشر عن اسبانيا والبرتغال والدول الاستعمارية الأخرى [2].

فقد كشف هذا التغير في الواقع الدولي عن خلل كبير في تكوين قواعد القانون الدولي العرفي التي نشأت نتيجة ممارسات الدول الاستعمارية التي كانت تهدف من ورائها إلى تكريس أنماط من الحماية لممتلكات الشركات الكبرى التي نشأت في ظلها، كما شابها كذلك عدم الانسجام في الكيفية التي وضعت بها تلك القواعد، فالدول الغربية الاستعمارية كانت كفتها راجحة في ميزان القوى الدولية، وانفردت في وضعها، ولم يكن هناك تأثير لبقية الدول في إنشائها.

(1) - Kenneth J. Vandevelde - A Brief History of International Investment Agreements - Davis Journal of International Law & Policy - Vol.12 - No.1 - 2005 - p159.

(2) - انطلقت حركات التحرر في دول أمريكا اللاتينية منذ عام 1804 عندما تحررت هاييتي واستمرت حتى عام 1825 حيث نالت غالبية الدول التي كانت تستعمرها اسبانيا الاستقلال عنها.

ان الـدول الغربيـة حاولـت خـلال تلـك الفترة المحافظـة على مسـتوى معين من الحمايـة للاسـتثمارات العائـدة لمواطنيهـا وشركاتهـا، ومنهـا عـدم التنـازل عـن مبدأيـن مهمـين يمثـلان ركيزة الحماية الأساسـية للاسـتثمار الأجنبي من وجهة نظـر هذه الدول، المبـدأ الأول هـو إن معاملـة مواطنيهـا في الـدول الأخرى يجب أن يكون بمسـتوى معين لا يجـوز النـزول لمـا دونهـا، حتـى وان كانـت معاملة مواطنـي الدولة المضيفة بمسـتوى اقـل مـن تلـك المعاملـة وفقـاً لقوانينهـا الداخليـة، والثـاني هـو حـق الـدول الغربيـة بالتدخـل لتوفـير الحمايـة لمواطنيهـا إذا ماتـم انتهاك تلـك المعايير أو إلحـاق الضرر بهم وبممتلكاتهـم نتيجـة إجـراءات الدولـة المضيفـة سـواء كانـت عمديـة أو نتيجـة خطـأ، وذلـك من خـلال ما يعـرف بالحمايـة الدبلوماسـية.

وتميـزت الحمايـة الدبلوماسـية التـي تمارسـها الـدول الكـبرى والقويـة بطابـع الاعتـماد عـلى القـوة والتدخل العسـكري المبـاشر في المناطق التي تتهـدد فيها مصالحها أو مصالـح رعاياهـا، حتـى سُـميت بــ" دبلوماسـية البـوارج " وهـي الحالة التي سـادت في القـرن التاسـع عشر.

وتُعـد بريطانيـا أكـثر الـدول لجـوءً للقـوة أو التهديـد بهـا عنـد تعـرض مصالـح رعاياهـا للانتهـاك وخاصـة في منتصـف القـرن التاسـع عـشر [1]، ثـم حلـت محلهـا الولايـات المتحـدة الأمريكيـة[2]، حيـث تظهـر التدخـلات الأمريكيـة في دول العـالم المختلفـة هـذه الإسـتراتيجية التـي كانـت تتبناهـا كوسـيلة لحمايـة مصالحهـا ومـن

(1) - لقد بررت بريطانيا الحرب بين انكلترا والبوير (1899 - 1902) بأنها تدخل لحماية رعاياها الذين كانوا يملكون مناجم الذهب في ويت ووترزراند.

(2) - في الفترة بين الأعوام 1798 - 1993 بلغ استخدام الولايات المتحدة الأمريكية للقوة العسكرية ضد الدول الأخرى (234) حالة تدخل من بينها العديد من الحالات لأسباب تتعلق بحماية مصالحها ومصالح رعاياها، انظر:

Mark E. Brandon - War and American Constitutional Order - Vanderbilt Law Review - Vol. 56 - 2003 - p1817.

بينها حماية الاستثمارات الأمريكية في الخارج [1]، وقد استمرت الولايات المتحدة الأمريكية في سياستها هذه حتى يومنا هذا [2]، ولم يقتصر هذا النهج على تلك الدولتين وإنما قامت دول أخرى تتمتع بالقوة العسكرية هذا الأسلوب ومنها فرنسا وألمانيا [3].

أن من مساوئ الحماية الدبلوماسية في تلك الفترة إنها قد استخدمت كذريعة للتدخل في شؤون الدول الأخرى، وهذا ما أكده احد قضاة محكمة العدل الدولية، حيث يشير إلى إن تاريخ مسؤولية الدول في مجال معاملة الأجانب إنما هو سلسلة من أعمال التعسف والتدخل غير القانوني في الشؤون الداخلية للدول الضعيفة، ومطالبات لا مبرر لها، وتهديدات وربما اعتداءات عسكرية تحت غطاء

(1) - تدخلت الولايات المتحدة عسكريا بحجة حماية مصالح رعاياها في العديد من دول العالم، فقد تدخلت في الأرجنتين عام 1833، وفي البيرو عام 1835، ومرة أخرى في الأرجنتين عام 1853، وفي العام نفسه في نيكاراغوا، وفي الصين عام 1854، وأيضا في عام 1855 تدخلت عسكرياً في الصين بحجة حماية مصالح رعاياها في شنغهاي، ثم في هونغ كونغ من العام نفسه، وايضاً في عام 1855 تدخلت عسكرياً في الارغواي، وفي عام 1856 تدخلت بنما، وفي نفس العام عادت للتدخل في الصين، وفي عام 1859 ايضا تدخلت عسكرياً في الصين، وفي عام 1860 تدخلت في كولومبيا، وفي عام 1868 تدخلت في اليابان أثناء الحرب الأهلية هناك، وفي عام 1873 تدخلت في كولومبيا، وفي عام 1874 في جزيرة هاواي ومرة أخرى عام 1889، ثم تدخلت في كل من نيكاراغوا وكوريا عام 1894، وفي عام 1895 في كولومبيا، وتدخلت في نيكاراغوا عامي 1896 و1899، وفي الفلبين بين عامي 1899 - 1901، وفي عامي 1903 و1904 في الدومينيكان، وفي الهندوراس عام 1907، وفي نيكاراغوا عام 1910، ثم عادت للتدخل في الهندوراس عام 1911، وفي عام 1912 تدخلت في كل من كوبا والصين ونيكاراغوا، وفي عام 1917 في كوبا مجدداً، وفي عام 1920 في غواتيمالا، وفي الهندوراس عام 1924، لتفاصيل أكثر عن تلك التدخلات يُنظر

Richard F. Grimmett - Instances of Use of United States Armed Forces Abroad 1798 / 2009 - Congressional Research Service.

(2) - من قبيل التدخل في غرينياندا في عام 1983 وفي بنما في عام 1989.

(3) - في عام 1838 قامت فرنسا بإنزال قوات عسكرية في ميناء (Vera Cruz) للمطالبة بمستحقات رعاياها لدى الحكومة المكسيكية، واشتركت فرنسا ايضا في التدخل العسكري مع كل من بريطانيا واسبانيا ضد المكسيك وذلك في عام 1864 لنفس الأسباب.

ممارسـة حقـوق الحمايـة، وفـرض عقوبات لإكـراه الحكومـات على تقديـم التعويضات المطلوبـة [1].

ونتيجـة تلـك الممارسـات العدوانيـة والتدخـلات العسـكرية مـن قبـل الـدول الكـبرى، أبـدت عـدد من الـدول رفضها لذلك واسـتنكرته من الناحية السياسـية وخاصة دول أمريـكا اللاتينيـة، وحاولـت مـن الناحيـة القانونيـة إيجـاد صيغـة تضمـن إنهـاء مـبررات تلـك الـدول في التدخـل العسـكري.

ففـي عـام 1868 أشـار وزيـر خارجيـة الأرجنتـين الفقيـه " كالفـو " في كتابـه القانـون الـدولي " إن الأجانـب الذيـن انشـأوا اسـتثماراتهم في بلـد آخـر يكـون لهـم بالتأكيـد حقـوق الحمايـة نفسـها بصفتهـم مواطنـين، ولكن ليـس لهم أن يطالبـوا بقدر اكـبر مـن الحمايـة [2].

وفي اثـر ذلـك عمـدت دول أمريـكا اللاتينيـة إلى صياغـة شرط تـم تضمينـه في العقـود التـي تبرمهـا الدولـة مـع المسـتثمرين الأجانـب يوافـق بموجبـه الفـرد الأجنبي عـلى التنـازل عـن حقه في طلـب الحماية الدبلوماسـية من الدولة التي يحمل جنسـيتها في المنازعـات التـي يمكـن أن تنشـأ عـن العقـد المـبرم بينـه وبـين الدولـة المضيفـة، وأن يقيّـد نفسـه عـلى وجـه الحـصر بسـبل الانتصـاف القضائيـة المحليـة لتسـوية أي نـزاع حاصـل بسـبب العقـد" [3]، وعـرف هـذا الـشرط لاحقـاً بــ" شرط كالفو ".

(1) - القاضي باديلا نيرفو - الرأي الشخصي في قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - انظر مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية لعام 1970.

(2) - M. Sornarajah - ibid - p 19.

(3) - جون دوغـارت (المقرر الخاص) - التقرير الثالث عن الحماية الدبلوماسية المقدم إلى لجنة القانون الدولي - الدورة الرابعة والخمسون - 2002 - رقم الوثيقة CN.4 / 523 / Add.1 - النسخة العربية - ص 2.

إن ردة الفعـل تجـاه شريعـة الغـاب هـي التـي أدت إلى صياغـة مذهـب دراغو ومذهـب كالفـو ومذاهـب أخـرى مماثلـة تقريباً تعتبر إسـهاما قيماً من شـعوب أمريكا اللاتينيـة في تطويـر قانـون الشـعوب المعـاصر، ولكـن المدافعـين عـن القانـون الـدولي التقليـدي، أي القانـون العـام لأوربـا، لم يعترفـوا بـه كجـزء من القانـون الـدولي العام[1].

إذا كان لجـوء الـدول الكبرى إلى اسـتخدام القوة العسـكرية ضـد الدول الأخرى، وخاصـة الـدول الضعيفـة عسـكرياً مـما انتهجتـه تلـك الدول في فـترة معينـة، وكان هو السـمة الغالبـة عـلى تنظيـم العلاقـات، فـأن هـذا الحـال لم يكـن مقبـولاً على المسـتوى الـدولي وحتى داخـل هذه الـدول [2].

لذلـك حاولـت الـدول الكـبرى إيجـاد وسـائل أخـرى لحسـم منازعاتهـا، تبتعـد عـن الأعـمال العسـكرية ومـا يترتـب عليهـا مـن آثـار سـلبية، فوجـدت إن التحكيـم الـدولي مـن بـين أفضـل تلـك الوسـائل وأكثرها قبولاً بـين الـدول، وهو ماتـم اعتماده في اتفاقيـة (Jay) التـي أبرمـت بـين الولايـات المتحـدة وبريطانيـا في 19 / تشريـن الثـاني / 1794 لتسـوية الخلافـات المتعلقـة بينهـما، التي أفضت إلى تشـكيل ثـلاث لجان تحكيم مختلطـة بـين سـنتي 1798 - 1804، وقامـت تلـك اللجـان بحسـم اغلـب المنازعـات الناشـئة عـن حـرب الاسـتقلال الأمريكيـة [3]، ومـن بينهـا المنازعـات المتعلقـة بـالأضرار التـي لحقـت بممتلـكات رعايـا الدولتـين.

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1990 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الثانية والأربعين - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1990) من وثائق الأمم المتحدة - ص 421.

(2) - كان في الولايات المتحدة الأمريكية معارضة كبيرة لتلك التدخلات وتم نظر العديد منها للتأكد من مدى توافقها مع الدستور الأمريكي من قبل المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، انظر في تفاصيل ذلك:

Mark E. Brandon - ibid.

(3) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 604.

وهكـذا اسـتمر بالتزامـن اللجـوء إلى القـوة العسـكرية أو إلى التحكيـم لفـض المنازعـات وحمايـة الاسـتثمارات الأجنبيـة مـن الـضرر، وهـو الطابـع الذي سـاد في تلك الفترة.

3 - نظـام حمايـة الاسـتثمار في مرحلـة مـا بعـد الحـرب العالميـة الثانيـة وظهور الأمـم المتحـدة والمنظـمات الدوليـة الأخرى

بعـد فشـل عصبـة الأمم في حفظ السـلم الـدولي، واندلاع الحـرب العالمية الثانية ومـا ترتـب عليهـا مـن آثـار سـلبية، أصبحـت الأنظـار تتجـه إلى تكويـن منظمـة دوليـة تسـاهم بشـكل حقيقـي في حفظ السـلم والأمن الدوليـين وتعمل على تحقيـق التعاون الـدولي لحل المسـائل ذات الصبغـة الاقتصادية.

حيـث إن القـراءة المتأنيـة لأسـباب الحـروب التي عانـت دول العالم مـن ويلاتها كانـت في جانـب كبـر منهـا يعـود لدوافـع اقتصاديـة، أو عـلى اقـل تقديـر كان وسـيلة لتبريـر التدخـل العسـكري بحجـج مختلفـة ومنهـا حماية مصالحهـا الاسـتثمارية، لذلك وجـدت الـدول إن مـن الـضروري أن يتـم الاتفـاق عـلى اسـتبعاد اللجـوء إلى القـوة في علاقاتهـم، وهـو مـا تـم إقراره مـن بين المبـادئ التـي اعتمدتها الأمـم المتحـدة لتحقيق مقاصدهـا [1].

واعتزمـت الـدول عـلى الاسـتعانة بالمنظمـة الدوليـة لترقية الشـؤون الاقتصادية والاجتماعيـة للـدول جميعـاً[2]، وأبـدت الـدول رغبتهـا في تهيئـة دواعـي الاسـتقرار والرفاهيـة الضروريـين لإقامـة علاقـات ودية سـليمة من خلال تيسـير الحلول للمشـاكل الاقتصاديـة الدوليـة [3].

(1) - تنص المادة (2 / 4) من ميثاق الأمم المتحدة " يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أخرى ".

(2) - ديباجة ميثاق الأمم المتحدة.

(3) - المادة 55 من الميثاق.

في تلك الحقبة، بدأت ملامح الاقتصاد الدولي الجديد تتشكل، وذلك من خلال إنشاء مؤسسات مالية واقتصادية كبيرة، فقد شهدت تلك الفترة إنشاء صندوق النقد الدولي [1]، والبنك الدولي، وإبرام الاتفاقات العامة بشأن تحرير التجارة والتعرفات الكمركية (GATT)، وأصبح العالم يمضي في رسم صورة الاقتصاد العالمي من خلال تلك المؤسسات والاتفاقات، وأخذت صياغة قواعد القانون الدولي تتم وفقاً للاعتبارات المتعلقة بتلك التطورات وتعكس الظروف الجديدة، بحيث أصبحت قضايا الاقتصاد العالمي وتحرير التجارة هي المحور الأساسي في العلاقات الدولية.

كما إن نظرة الدول النامية بشأن تلك القضايا قد تغيرت ومن بينها نظرتها للاستثمار الأجنبي، حيث وجدت فيه أداة من أدوات تحقيق التنمية الاقتصادية، وأن تأمين الحماية لها أمر ضروري.

على أساس تلك القناعة بدأت الدول بمحاولات جماعية مبكرة لوضع قواعد لحماية الاستثمار الأجنبي، ففي عام 1950 كانت هناك محاولة لوضع اتفاقية لحماية الاستثمارات الأجنبية، تكون ملزمة للدول كافة سواء الموقعة منها أو غير الموقعة عليها من خلال فرض عقوبات اقتصادية في حالة مخالفة المعايير الواردة في الميثاق، وتضمن مشروع الاتفاقية تشكيل محكمة دائمة تنظر في المسائل الناشئة عن تطبيق الميثاق، إلا انه لم يكتب لمشروع الاتفاقية النجاح بسبب عدم تأييد ما ورد فيه من الدول النامية [2].

(1) - وهو وكالة دولية متخصصة تابعة للأمم المتحدة، انشئ بموجب معاهدة دولية في عام 1945، مقره الرئيس في واشنطن.

(2) - Richard Karugarama Lebero - ibid - p52.

كـما شـهدت تلـك الفـترة محـاولات عديـدة مـن قبـل منظـمات غـير حكوميـة لوضـع إطـار قانـوني متعـدد الأطراف يتـم الاتفـاق عليه لوضـع قواعد محـددة لحماية الاسـتثمار الأجنبـي، ومـن بينهـا المـشروع الـذي تقدمـت بـه " غرفـة التجـارة الدوليـة ICC " [1]، وماقدمتـه " جمعيـة القانـون الـدولي ILA " [2].

ورغـم عـدم نجـاح تلـك المحـاولات، إلا انـه يعـود الفضـل إليهـا في إبـراز أهمية وضـع قواعـد لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، ليـس باعتبـاره ملكيـة خاصة فحسـب، وإنما باعتبـاره عنـصراً مهـماً في تحقيق

التنميـة الاقتصاديـة للـدول، وهـو مـا يؤثـر بشـكل أكيـد في التعامـل معـه، كما إن لتلـك المحـاولات فضـل اسـتثارة فكـرة إنشـاء محاكـم مختصـة بفصـل المنازعات بين المسـتثمرين والدولـة المضيفـة، وان يكـون المسـتثمر الأجنبـي طرفـاً في الخصومـة تجاه الدولـة المضيفة.

وبذلـك طويـت مرحلـة مشـاريع الاتفاقيـات متعـددة الأطراف لتنظيـم وحماية الاسـتثمار الأجنبـي، دون أن يحالفهـا الحـظ في التوصـل إلى اتفـاق تـام بشـأنها، مؤكدةً بذلـك حجـم الهـوة والاختـلاف بـين الإرادتـين المختلفتـين، فـكان هـذا احـد ميادين المواجهـة بـين رغبـة الحفاظ عـلى القانون الـدولي التقليدي التـي تبغيهـا الإرادة الأولى، وبـين رغبـة التغيـير التـي تنشـدها الإرادة المقابلة.

(1) - وهي منظمة غير حكومية أنشأها مجموعة من رجال الأعمال في عام 1919، ظهرت في ظل أوضاع سياسية واقتصادية سيئة تسود العالم نتيجة الحروب، كان الهدف من إنشاء المنظمة هو وضع قواعد وبناء أسس للتعاون الاقتصادي لتحقيق الرخاء وأطلقوا على أنفسهم " تجار السلام "

(2) - وهي منظمة غير حكومية أنشئت في بروكسل عام 1873، تهدف إلى دراسة وتوضيح وتطوير القانون الدولي.

في ظـل هـذه الظـروف، كانـت بعـض الـدول تبحـث عـن نظـام قانـوني فعـال ومقبـول لحمايـة اسـتثماراتها في الخـارج، ومـن بـين تلـك الـدول ألمانيـا التـي كانت من أكـثر الـدول تـضرراً نتيجـة الحـرب العالميـة الثانيـة، إذ خرجـت مـن الحـرب خـاسرة وبنيتهـا التحتيـة مدمـرة واقتصادهـا منهـاراً، وكانـت بحاجـة إلى أربـاح تعـود إليها من الاسـتثمار في الخـارج، وعـلى هـذا الأسـاس أبرمـت ألمانيـا أول اتفاقية " ثنائيـة " لحماية وتشـجيع الاسـتثمار مـع باكسـتان في عـام 1959، ثـم تلتهـا مـع دول عديـدة أخـرى [1]، وكانـت تجـد في الاتفاقيـات الثنائيـة وسـيلة مواتيـة لتنشـيط الاسـتثمار الخارجـي [2].

وقـد اتبعـت ألمانيا، وبشـكل متسـارع، العديد مـن دول أوربا في إبـرام اتفاقيات لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، حيـث وقعـت فرنسـا في عـام 1960 اتفاقيـة مـع تشـاد وأفريقيـا الوسـطى والكونغـو، وسـويسرا عـام 1962 مـع تونـس، وهولنـدا مـع تونـس عـام 1963، وايطاليـا مـع غينيـا عـام 1964، وفي العـام نفسـه بـين بلجيـكا وتونس، وفي عـام 1965 وقعـت السـويد مع سـاحل العـاج والدانمارك مـع مدغشـقر، وفي عام 1966 وقعـت النرويـج مع مدغشـقر.

(1) - أبرمت ألمانيا اتفاقيات استثمار ثنائية عديدة في تلك الفترة، ففي عام 1960 مع ماليزيا، وفي عام 1961 مع كل من اليونان وتوغو والمغرب وليبريا وتايلاند، وفي عام 1962 مع كل من غينيا والكاميرون وتركيا مدغشقر، وفي عام 1963 مع كل من السودان وتونس وسريلانكا، وفي عام 1964 مع كل من السنغال وكوريا وإثيوبيا والنيجر، وفي عام 1965 مع كل من تنزانيا وسيراليون ووالاكوادور وإفريقيا الوسطى والكونغو وإيران، وفي عام 1966 مع كل من كوت ديفوار وأوغندا وزامبيا، وفي عام 1967 مع كل من تشاد ورواندا، وفي عام 1968 مع اندونيسيا، وفي عام 1969 مع الكونغو والغابون.
لتفاصيل جميع الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها كافة الدول في تلك الفترة ولغاية عام 1999 انظر تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD لعام 2000 المعنون (اتفاقيات الاستثمار الثنائية 1959 - 1999)

(2) - Richard Karugarama Lebero - ibid - p52.

وبذلك تطور نظام قانوني جديد لحماية الاستثمار الأجنبي، كان نموه بشكل متسارع، حيث انه في الفترة بين 1960 - 1970 تجاوز عدد اتفاقيات الاستثمار الثنائية (72) اتفاقية، وقد امتازت اتفاقيات تلك الفترة بأنها تتعلق، في اغلب الأحيان، بحماية الاستثمار ولا تتعرض إلا بصفة ثانوية إلى مسألة تشجيع الاستثمار والنهوض به، وقد يُفسر ذلك بظروف تلك الفترة التي اتسمت بعمليات تأميم عديدة قامت بها بعض البلدان النامية اثر استقلالها السياسي، والتي اعتبرت إن الاستقلال الاقتصادي يجب أن تمر عبر مراقبة مواردها وثرواتها الطبيعية، بما في ذلك التأميم وخضوع المستثمر إلى المحاكم والقانون الداخلي في إطار النظام الاقتصادي الجديد[1].

(1) - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010 - ص 15.

المبحث الثالث

مصادر قواعد حماية الاستثمار الاجنبي في القانون الدولي

ان وجـود الاسـتثمار الاجنبـي في الدولة المضيفة من الممكـن ان يُعرضه للمخاطر غـير التجاريـة، التـي سـبق وان بيناهـا سـلفاً، مـما يُثـير معـه قيـام نـزاع بـين المُسـتثمر الاجنبـي والدولـة المضيفة، وقـد اوجد القانون الـدولي قواعد قانونية لحماية الاسـتثمار الاجنبـي، يتـم عـلى اسـاس تلـك القواعـد حسـم هـذه المنازعـات، وقـد اشـار النظـام الاسـاسي لمحكمـة العـدل الدوليـة الى مصـادر تلـك القواعـد التـي يتم حسـم المنازعات بموجبهـا حيـث جـاء فيـه " وظيفـة المحكمـة ان تفصـل في المنازعـات التـي تُرفـع اليهـا وفقـاً لأحـكام القانـون الـدولي، وهـي تطبق في هذا الشـأن:

أ - الاتفاقيـات الدوليـة العامـة والخاصـة التـي تضـع قواعـد مُعترفـاً بهـا صراحة مـن جانـب الـدول المتنازعة.

ب - العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ت - مبادئ القانون العامة التي اقرتها الامم المتمدينة.

ث - احـكام المحاكـم ومذاهـب كبـار المؤلفـين في القانـون العـام مـن مختلـف الامـم، ويعتـبر هـذا وذاك وسـيلة مسـاعدة لتعيـين قواعـد القانـون.

وسـيتم تقسـيم هـذا المبحـث وفقـاً لمـا اعتمـده النظـام الاسـاسي للمحكمـة الدوليـة مـن مصـادر.

المطلب الأول

الاتفاقيات الدولية

إن حماية الاستثمار الأجنبي في حقيقته يقع بين مسألتين مهمتين في نظر الدولة، كلاهما يتعلق بوجودها وتطورها، الأول هو سلطتها السيادية التي لا يمكنها أن تتنازل عن أي قدر منها، إلا بإرادتها، والثاني هو حاجتها إلى الاستثمار الأجنبي لتنميتها، وتحقيقاً للتوازن بينهما وجدت في الاتفاقيات الدولية أفضل تعبير عن الاحتفاظ بسلطتها وسيادتها، وأن تنازلها عن جزء منها أو تقييدها، بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية، لم يكن بخلاف إرادتها ولم يُفرض عليها فرضاً.

لذا وجدت الدول المختلفة إن الاتفاقيات الدولية تمثل المجال الرحب الذي يمكن من خلاله تنظيم المسائل الموضوعية والإجرائية المتعلقة بحماية الاستثمار الأجنبي، فلها من خلال الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف أن تختار ماتراه ملائما لحماية استثمارات مواطنيها في كل دولة بحسب طبيعة العلاقة السياسية والاقتصادية التي تربطها بها.

لقد كانت ظاهرة التحلل من الالتزامات التعاهدية، وما استتبعها من إجراءات تأميم أو مصادرة للاستثمار الأجنبي هي الحافز إلى توقيع اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار، التي اقترنت بضمانات محددة ومعاملة خاصة تتجاوز الحد الأدنى المتعارف عليه دولياً [1]، حيث تعتبر معاهدات الاستثمار ضمانة قوية لأموال المستثمرين الأجانب لسببين:

(1) - د. محمود عبد الحميد سليمان - الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الثامن والخمسون - 2002 - ص 392 - 393.

أ - أنها تقضي على الجدل والخلاف الدائر بين الدول المتقدمة والنامية حول بعض القواعد الدولية العرفية المتعلقة بالاستثمار.

ب - أن جميع المعاهدات بلا استثناء تنطلق من مبدأ أساسي، هو حصانة أموال المستثمرين الأجانب ضد إجراءات نزع الملكية والتأميم وغيرها من الإجراءات الحكومية ذات الطبيعة المماثلة [1].

وقد ازدادت اتفاقيات الاستثمار الدولية بشكل واضح حتى اصبحت تغطي جزء كبير من الاستثمار الدولي بين مختلف دول العالم، وحجم تلك الاتفاقيات يُعد مؤشراً على النجاح، حيث باتت حركة اتفاقيات الاستثمار الثنائية تمثل واحدة من أكثر النشاطات نجاحاً في تاريخ القانون الدولي [2].

لقد أصبحت اتفاقيات الاستثمار الثنائية تمثل إحدى أهم وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية في الوقت الحالي، لما تمثله من إطار دولي للقواعد القانونية التي تحكم العملية الاستثمارية، اذ انه بموجب تلك الاتفاقيات تحول العلاقة الداخلية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة إلى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي، وهو ما يكون عادةً أكثر حماية للاستثمارات الأجنبية من القوانين الوطنية، وبالتالي فأن الالتزامات التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية لا تلزم الدولة المضيفة للاستثمار تجاه الدولة المتعاقدة معها فحسب، وإنما يستفيد من الزاميتها مواطنو الدولة المصدرة للاستثمار، ذلك انه نتيجة لوجود تلك الاتفاقيات، يتمتع المستثمر بإمكانية المطالبة مباشرة أمام المحاكم بتطبيق الالتزامات الدولية من طرف الدولة المضيفة لاستثماره، حتى في حالة غياب علاقة تعاقدية بينه وبين الدولة المعنية

(1) - محمد يونس الصائغ - مصدر سابق - ص 94.

(2) - Amnon Lehavi & Amir N. Licht - BITs and Pieces of Property - The Yale Journal of International law - Vol. 36 - 2011 - p118.

[1]، ولهـا أيضـا فائـدة غـير ظاهـرة للمسـتثمرين الأجانـب، غـير الحمايـة الموضوعيـة للاسـتثمار، حيـث إن وجـود آليـة التحكيـم الإجبـاري، توفـر وسـيلة ضغط عـلى الدولة المضيفـة، إذا مـا تـم الاسـتناد إليهـا في الوقـت المناسـب، مـما يـؤدي إلى منـع النزاعـات الكبـيرة، وهـو مـا يمثـل وظيفـة وقائيـة تمارسـها تلـك الاتفاقيـات [2].

ورغـم هـذه المزايـا التـي توفرهـا الاتفاقيـات الدوليـة، إلا إن هنـاك بعـض مـن التشـكيك في وجـود التـوازن اللازم، وخاصـة في اتفاقيات الاسـتثمار الثنائية عندما يكون أحـد طرفيهـا دولـة متقدمـة والطـرف الآخر من الـدول الناميـة، فنكـون في إزاء معادلة يكـون فيهـا احـد الأطـراف بموضع قـوة اقتصاديـة وتكنولوجية وسياسـية قويـة جداً في مقابـل طـرف بحاجة ماسـة لاجتـذاب رؤوس الأمـوال والتقنيـات، حتى وصفهـا البعض بأنهـا " مأزق السـجين " [3].

إلا إننـا نجـد إن ذلـك مسـألة طبيعيـة في الاتفاقيـات الدوليـة، فالاتفاقيـة تعـبر عـن إرادتـين أو أكـثر لتحقيـق مصالحهـم، وكل طـرف يسـعى للحصـول عـلى اكـبر قدر مـن المنفعـة مـن الاتفاقيـة، وهـو أمر مـشروع مـادام لم يرتكـب فعـلاً يـؤدي إلى إبطال المعاهـدة كالإكـراه والتدليس.

(1) - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010 - ص 12.

(2) - K. Scott Gudgeon - United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards - Berkeley Journal of International Law - Vol. 4 - Iss. 1 - 1986 - p133.

(3) - Andrew T. Guzman - Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties - Virginia Journal Of International Law - Vol. 38 - 1989 - p 666.

وتُمثـل المعاهـدات الثنائيـة الوسـيلة التـي تـم مـن خلالهـا تحقيـق التطلعـات التـي عـبرت عنهـا مشـاريع الاتفاقيـات الدوليـة المتعـددة الأطـراف لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، والتـي لم يُكتـب لهـا النجـاح، لذلـك نجـد تقاربـاً كبـيراً في مضمـون اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة لهـذا السـبب يضـاف لـه إن تلـك الاتفاقيات جـاءت نتيجـة التنظيم الـذي قامـت بـه الـدول المُصـدرة لـرأس المـال بالاسـتناد الى الممارسـات المختلفـة عـلى الصعيـد الـدولي، كـما إن العديـد مـن الـدول اعتمـدت اتفاقيـات نموذجيـة تصلـح أن تكـون أساسـا للتفـاوض لإبرام اتفاقيات اسـتثمار مسـتقبلية، ومن الـدول التي اعتمدت ذلـك ألمانيـا وفرنسـا وهولنـدا والولايـات المتحـدة والمملكـة المتحـدة [(1)].

وتتضمـن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة العديـد مـن قواعـد الحمايـة الموضوعية والإجرائيـة، نبـين منهـا أهـم القواعـد الموضوعيـة فقـط، حيـث سـنبين لاحقـا الحمايـة الإجرائيـة للاسـتثمار الأجنبـي:

أولا: حظر نزع الملكية

إن نـزع الملكيـة المبـاشرة وغـير المبـاشرة تمثـل جوهـر المخاطـر غـير التجاريـة، لذلـك اهتمـت اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة بإيـراد قواعـد اتفاقيـة لحمايتـه مـن تلـك المخاطـر، خاصـةً في الفـترات الزمنيـة الأولى لنشـأة اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة، التـي تزامنـت مـع ظاهـرة التاميـمات الواسـعة في مختلـف دول العـالم.

لذلـك نجـد إن جميـع اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائية لم تخلو مـن النص على حظر نـزع الملكيـة، ومنهـا ما ورد في اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمار بين العـراق والكويت " الاسـتثمارات التـي يقـوم بهـا مسـتثمرون تابعـون لـكلا الطرفـين المتعاقديـن في اقليم

(1) - Stephan W. Schill - The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds - Trade, Law and Development review - Vol.II, No.1 - 2010 - p66 - 67.

الطـرف المتعاقـد الاخـر لـن يتـم تأميمها او نـزع ملكيتهـا او اخضاعها بطريقـة مباشرة لأجـراءات ذات اثـر يعـادل التأميـم او نـزع الملكيـة من قبل الطـرف الاخـر الا..... "[1].

وقـد بالغـت بعـض اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة في حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي مـن خطـر نـزع الملكيـة، حيـث حظـرت ذلـك بصـورة " مطلقـة "، أي انه لا يجـوز نزع الملكيـة عـلى أي حـال، وهـو يمثـل أعلى درجـات الحماية التـي تمنحها الدولـة المتعاقدة لاسـتثمارات الطـرف الآخـر، ومـن الاتفاقيـات الثنائيـة التي أوردت الحمايـة بصيغـة الحظـر المطلـق، اتفاقيـة دعـم وحمايـة الاسـتثمارات المتبادلـة بـين العـراق وكوبـا التي جـاء فيهـا " أن مـا يتحقـق من اسـتثمار بموجب هـذه الاتفاقية غير مشـمول بإجراءات التأميـم أو المصـادرة أو أيـة إجـراءات قانونيـة مشـابهة"[2].

إلا إن هـذا النـوع مـن حماية الاسـتثمار الأجنبي يعتبر " شـاذاً " ويأتي بخلاف ما سـارت عليـه اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة، التي أجازت تأميـم أو نزع ملكية الاسـتثمار الأجنبـي وفقـاً لـشروط معينـة، ومنهـا مـاورد في اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمار بين العـراق والأردن التـي جـاء فيهـا " لايجـوز نـزع ملكيـة أو تأميـم أو إخضاع اسـتثمارات مسـتثمري طـرف متعاقـد في إقليـم الطـرف المتعاقـد الآخـر، لأيـة إجـراءات مبـاشرة أو غـير مبـاشرة، يكـون لهـا اثر معـادل لنـزع الملكيـة أو التأميـم، إلا لغرض الصالـح العام، عـلى أسـاس غـير تمييـزي طبقـاً للإجـراءات القانونيـة الأصوليـة ولقـاء تعويـض سريـع وكاف وفعـال " [3]، وهـو مـا يعُـرف بحظـر نـزع الملكيـة المقيد أو المـشروط [4].

(1) - المادة (7 / 1 / أ) من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة بين جمهورية العراق ودولة الكويت الموقعة في الكويت بتاريخ 16 / 12 / 2013 والمصادق عليها بالقانون رقم (14) لسنة 2014 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4346 في 29 / 12 / 2014.

(2) - المادة الرابعة من اتفاقية دعم وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وكوبا لعام 1999.

(3) - المادة (الخامسة / أولا) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق والمملكة الأردنية الهاشمية الموقعة في بغداد بتاريخ 25 / 12 / 2013 والمصادق عليها بالقانون رقم (1) لسنة 2015 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4353) في 23 / 2 / 2015.

(4) - سنتطرق بشكل أكثر تفصيلاً لشروط نزع الملكية لاحقاً.

ونجد إن الحظر المقيد ينسجم مع القواعد الدولية وما استقر عليه التعامل الدولي، ذلك انه يحقق العدالة لأطراف الاتفاق، حيث إن الظروف التي تبرم فيها الاتفاقية قابلة للتغير والتبدل، فمن المحتمل أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار مضطرة أو بحاجة إلى نزع ملكية المستثمر لأسباب تتعلق بالمصالح العليا للدولة أو بأمنها، فليس من المسوغ أن يتم حرمان الدولة من ممارسة سلطاتها في حماية مصالحها العليا، خاصة إذا ما اقترن ذلك بقيامها بأداء التعويض بما يحقق جبر الضرر الذي قد يلحق بالمستثمر نتيجة نزع ملكيته، ومن جهة أخرى إن تمتع الدولة بحقها في نزع الملكية - وان كان مشروطاً - يعبر عن سيادتها، ومن غير الملائم أن تتنازل الدولة عن حقوقها السيادية التي أقرتها المبادئ الدولية في سبيل اجتذاب الاستثمار الأجنبي، خاصة وان حماية الاستثمار يمكن أن يحقق الهدف المرجو منه في تدفق الاستثمار إلى الدولة حتى وان كان بصيغة الحظر المقيد.

وبالإضافة إلى حظر نزع الملكية المباشر اهتمت اتفاقيات الاستثمار الثنائية بحظر نزع الملكية غير المباشر، حيث نصت اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وألمانيا على "إن استثمارات المستثمرين لأي من الدولتين المتعاقدتين لا تُصادر بشكل مباشر أو غير مباشر، أو تكون عُرضة لإجراءات تكافئ في آثارها المترتبة عملية المصادرة أو التأميم"[(1)].

وهذا الحظر وجد مجاله في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف، بعد أن وجدت الدول المتعاقدة أهميته في حماية الاستثمار، وأدركت إن نزع الملكية غير المباشر بات يشكل الخطر الحقيقي على الاستثمارات الأجنبية.

(1) - المادة (الرابعة / 2) من الاتفاقية.

ويبرز في هذا الشأن السؤال عن الحالات التي يتحقق فيها نزع الملكية غير المباشر، ذلك إن الغالبية العظمى من اتفاقيات الاستثمار الثنائية لم تقدم تعريفاً واضحاً ودقيقاً للحالات التي نكون فيها بمواجهة نزع للملكية غير المباشر، وإنما جاءت صياغتها في هذا الصدد على وجه العموم ومفتوحة النهايات، وبقيت صامتة تجاه تقديم تعريف دقيق للمصطلح، مما فتح الباب واسعاً للجدل حول نطاق ومفهوم نزع الملكية غير المباشر [(1)]، مع العلم إن أغلب النزاعات، في الآونة الأخيرة، أمام محاكم التحكيم الدولية يكون موضوعها هو تنظيم الاستثمار الأجنبي أو نزع الملكية غير المباشر [(2)].

وإزاء هذا القصور في التحديد الدقيق لنزع الملكية غير المباشر، فأن تلك المهمة تتكفل بها المحاكم والهيئات القضائية الدولية، لبيانها في ضوء القواعد المقررة في القانون الدولي.

فعند حصول منازعة بشأن نزع لملكية المستثمر الأجنبي وعرضها أمام محاكم التحكيم أو الهيئات القضائية، فلابد في البدء من تحديد ما إذا كانت التدابير التي تتخذها الدولة المستضيفة تمثل نزعاً للملكية من عدمه، وفي ضوء ذلك يتم تحديد الحالة التي تستوجب التعويض والحالة التي تعتبر اجراءاً تنظيمياً أصوليا لا يرقى إلى نزع الملكية.

وقد تباينت اتجاهات محاكم التحكيم في اعتماد معايير لتحديد ذلك، باختلاف وجهات النظر في كل حالة، ونعرض في أدناه المعايير التي اعتمدتها المحاكم في هذا الصدد.

(1) - Patrik Lindskoug - Regulatory expropriation under international investment law - faculty of law - University of Lund - Master thesis - 2006 - p 6.

(2) - Thomas Nektarios Papanastasiou - ibid - p 47.

- **المعيار الأول / تأثير إجراءات الدولة على المستثمر " المؤثر الوحيد ":**

وردت عدة تطبيقات لهذا المعيار في قضايا متعددة، وكانت تختلف في تحليلها للأثر المترتب لإجراءات الدولة على ملكية المستثمر.

ففي احد القضايا أشارت المحكمة إلى " لتحديد فيما إذا كان القرار يعادل نزع الملكية بموجب الشروط الواردة في الاتفاقية، فأنه يجب أن تحدد أولا، فيما إذا كان المدعي وبسبب من القرار قد حُرم وبشكل جذري من الاستخدام الاقتصادي أو الانتفاع من استثماره، وكأن الحقوق المتعلقة به لم تعد موجودة، وبعبارة أخرى، إذا كان بسبب أعمال المدعى عليه، فقدت الأصول المعنية قيمتها أو فائدتها الاقتصادية" [1].

وفي قضية أخرى، اعتبرت المحكمة إن نزع الملكية غير المباشر يتحقق " إذا كان تدخل الدولة مقيداً بما يكفي لتأكيد الاستنتاج بأن الملكية قد انتزعت من مالكها، وان المالك لن يكون قادراً على استخدام أو الانتفاع أو إدارة ملكه " [2].

وعليه يكون هذا المعيار ناظراً للأثر المترتب على إجراءات وتدابير الدولة، من خلال ما ترتبه من مساس بحقوق المستثمر الأجنبي ومصالحه.

---

(1) - قضية شركة (Tecnicas Medioambientales Tecmed SA) الاسبانية ضد المكسيك التي نظرها المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم ARB (AF) / 00 / 3 بتاريخ 29 / ايار / 2003 - الفقرة 115.

(2) - قضية (Pope & Talbot, Inc) ضد كندا التي تم التحكيم فيها من قبل محكمة التحكيم بموجب الفصل الحادي عشر من اتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية في 26 / حزيران / 2000.

- **المعيار الثاني / الغرض من إجراءات الدولة:**

بموجب هذا المعيار يتم النظر إلى الأثر المترتب على إجراءات الدولة وتدابيرها، ليس بشكل مستقل، وإنما في ضوء الغرض الذي تهدف إليه من ورائها.

ويجد البعض إن هذا المعيار يكون واسعاً بحيث يسمح للمحكمين بالنظر في كل حالة على حدة وفقاً لنهج ذاتي لها [1].

حيث اعتبرت محاكم التحكيم انه يمكن أن يتحقق نزع الملكية غير المباشر إذا كانت الدولة تبتغي من وراء التدابير التي اتخذتها إلى الإثراء على حساب المستثمر [2].

ومما يؤخذ على ذلك المعيار انه واسع بشكل مفرط حيث يمكن تفسير أي إجراء تنظيمي بأنه يهدف إلى تحقيق إثراء الدولة المضيفة [3].

بينما وجدت بعض المحاكم إن نزع الملكية غير المباشر يتحقق إذا كانت غاية الدولة من اتخاذ الإجراءات التنظيمية تهدف إلى الإضرار بالمستثمر [4]، وما يعيب ذلك انه يلقي عبئاً على المستثمر في إثبات إن غاية الدولة من وراء ذلك هو قصد الإضرار به.

---

(1) - Peter D. Isakoff - ibid - p199.

(2) - قضية (Eudoro A. Olguín) ضد جمهورية البارغواي التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم5 / 98 / ARB - بتاريخ 26 / تموز / 2001.

(3) - Peter D. Isakoff - ibid - p 199.

(4) - قضية (Sea - Land Service Inc) ضد إيران التي نظرتها لجنة المطالبات الأمريكية - الإيرانية - القضية رقم 33 - 1984.

وتكمـن الصعوبـة في ذلـك الإثبـات إن الإجراءات التـي تتخذها الدولـة المضيفة تصـدر في صيغـة قانـون وأنظمـة وقـرارات تحمـل صفـة العموميـة والتجريـد، وتنطبق عـلى عـدد غـير محـدود مـن الحـالات ومـن غـير اليسـير إثبـات إن تلـك القواعـد بهذه الصفـة اسـتهدفت الدولـة مـن ورائها قصـد الإضرار باسـتثمار معين بذاتـه، ولكن يكون مـن الممكـن ذلـك إذا كانـت القواعـد التـي وضعتهـا رغـم مـا تتمتـع بـه مـن عموميـة وتجريـد فأنهـا لا تنطبـق إلا على اسـتثمارات تعود لفئـة معينة أو مواطنـي بلد محدد.

- **المعيار الثالث / معيار التناسب بين المنفعة العامة وضرر المستثمر:**

يجمـع هـذا المعيـار بـين المعياريـن السـابقين، حيـث انـه في الحالـة التـي تدعي فيـه الدولـة إن قيامهـا بإعـادة التنظيـم القانـوني أو التدابـير اللازمـة لغـرض المصلحـة العامـة، فـأن المحكمـة تنظـر إلى قيمـة تلـك المصلحـة، وتقارنهـا بمقـدار الـضرر الـذي يلحـق بالمسـتثمر نتيجـة لذلـك.

ومـا يميـز هـذا المعيـار انه يرفع عـن كاهل المسـتثمر عبء إثبـات إن الإجراءات تهـدف إلى الإضرار بـه، كـما وجدنا في المعيار السـابق، وتنقل عـبء إثبات إن الإجراءات تهـدف لتحقيـق مصلحـة معينة ومقدار تلـك المصلحة اقتصاديا واجتماعيـاً على الدولة، وعـلى المسـتثمر فقط أن يثبـت إن مقدار ضرره اكبر مـن تلك المصلحة.

وتطبيقـاً لذلـك وجـدت محكمة التحكيم في احدى القضايـا بأنه " بهدف تحديد مـا إذا كانـت الإجـراءات معقولـة تكون بالمقارنـة بـين الأهـداف التـي تسـعى إليهـا، وبـين مقـدار حرمـان المسـتثمر من حقوقـه الاقتصاديـة وتوقعاته المشروعـة، ويجب أن تكـون هنـاك علاقـة تناسـب معقولة بين قيمة الأعبـاء المفروضة على المسـتثمر الأجنبي والقصـد الـذي تبغيـه الدولة المضيفـة، لإدراك تحقـق تدابير نزع الملكيـة " [(1)].

(1) - قضية شركة (Tecnicas Medioambientales Tecmed SA) ضد المكسيك التي نظرها المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم ARB (AF) / 00 / 3 بتاريخ 29 / ايار / 2003 - الفقرة 122.

إلا إن صعوبـة تطبيـق هـذا المعيـار تكمـن في انـه يعقـد مقارنة بين مسـائل قد تكـون غـير قابلـة للمقايسـة أو المناظـرة، فـإذا كانـت جهـة الأربـاح والفوائـد والمنافـع التجاريـة قابلـة للتقييـم ماديـاً، فأن تقييم منافـع وفوائد إجراءات الدولـة التي تتخذها لحمايـة البيئـة أو الأمـن أو لزيـادة مسـتويات التعليـم والصحـة أو الاهتـمام بالعجـزة والأطفـال يعتـبر امـراً معقـداً إن لم يكن مسـتحيلاً.

ومـا يمكـن ملاحظتـه بصـدد تطبيـق المعايـير الثلاثـة التـي تـم ذكرهـا، بأنه على الرغـم مـن إن بعـض الحـالات المعروضـة على محاكـم التحكيم تكـون احياناً متشـابهة مـن حيـث مضمـون الحقائـق التـي يتـم نظرهـا، إلا إن وجهـات النظـر تكـون متباينـة جـداً في كيفيـة معالجتهـا، بحيـث يشـير ذلـك إلى إن النهـج المتبـع يضـم تناقضـاً كبـيراً، وهـو مايؤكـد صعوبـة وضـع خـط فاصـل بين مـا يعتبر نـزع للملكيـة غير المبـاشر وبين التدابـير التنظيمية.

ويجـد البعـض ان المشـكلة الحقيقيـة في هـذا تكمـن في ان نمـاذج اتفاقيـات الاسـتثمار تفتقـر الى مـا يخلـق التـوازن بـين توقعـات المسـتثمرين المشروعـة وبـين حاجـة الـدول الى التنظيـم، مـما يحـرم المُحكمـين مـن تحقيـق ذلـك التـوازن [1]، لـذا حاولـت بعـض الاتفاقيـات الحديثة تلافي هـذا الغموض والتعارض، فقـد أوردت اتفاقية (CAFTA - DR) [2]، ملحقـاً واضحـاً يتضمـن تعريفـاً دقيقـاً لمـا يعتـبر " بمثابـة نـزع للملكيـة "، وتضمـن مجموعـة مـن العوامـل التـي يجـب مراعاتهـا عنـد إجـراء التوازن

(1) - LAURA HENRY - INVESTMENT AGREEMENT CLAIMS UNDER THE 2004 MODEL U.S. BIT: A CHALLENGE FOR STATE POLICE POWERS? - Pennsylvania Journal of International Law - Vol. 31 - 2010 - p1009.

(2) - وهي اتفاقية للتجارة الحرة تم توقيعها في 5 / آب / 2004 بين الولايات المتحدة الأمريكية وعدد من دول أمريكا الوسطى وهي (كوستاريكا والسلفادور وغواتيمالا وهندوراس ونيكاراغوا) بالإضافة إلى جمهورية الدومينكان.

لغـرض التقييـم، وكذلـك العوامـل الداخلة في تحديـد درجة التدخل في ملكية المسـتثمر الـذي يعتـبر نزعـاً للملكيـة، كما بـين الملحـق التدابير والإجـراءات الحكوميـة التي تعتبر تحقـق مصلحـة عامـة مشروعة، وهـي تدابير الصحـة العامة، والأمـن والبيئة [1].

ونجـد ان عـدم وضـوح المعايـير في هـذا الخصـوص، وعـدم وجـود تنظيـم اتفاقـي يبـين الحـدود الفاصلـة بـين نـزع الملكيـة وبـين مـا يُعتـبر ممارسـة مشروعـة للسـلطة، فـأن امكانيـة احتجـاج الـدول بالاعتبـارات التـي هـي محـل اهتـمام القانون الـدولي، وفي مقدمتهـا حمايـة البيئـة، سـوف يشـجعها للاحتـماء بـه مـن اجـل سـلب حقـوق المسـتثمرين الاجانـب، خاصـة بعدمـا كسـبت روسـيا نزاعـاً قضائيـاً اعتمـدت فيـه عـلى تلـك الاعتبـارات [2]، مـما يرجـح اللجـوء اليـه كثـيراً في المسـتقبل بهـدف الضغـط عـلى المسـتثمرين الاجانـب مـما يسـتدعي المزيـد مـن الدراسـة لنـزع الملكيـة التنظيميـة [3].

(1) - لتفاصيل أكثر انظر:

Rachel D. Edsall - indirect expropriation under NAFTA and dr - cafta - Boston university law review - Vol. 86 - 2006.

(2) - تتلخص هذه القضية المعروفة بقضية (Sakhalin) بأن روسيا منحت ترخيصا لمجموعة من الشركات العالمية وهي (Shell) و (Mitsubishi) و (Mitsui) لتطوير البنية التحتية لمشروع الغاز المسال المعروف (Sakhalin) بمبلغ (20) مليار دولار، ثم في عام 2006 أوصى الرئيس الروسي فلاديمير بوتين بإلغاء الترخيص، لمزيد من التفاصيل عن تلك القضية يُنظر:

Nowell David Beckett Bamberger - in the wake of sakhalin ii: how non - govrernmental administration of natural resources could strengthen russia's energy sector - pacific rim law & policy journal - vol. 16 - no. 3 - 2007.

(3) - Justin R. Marlles - Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law - Journal of Transnational Law & Policy - vol.16 - no. 2 - 2007 - p 336.

ثانيا: الحماية والأمن التامان

يـرد النـص عـلى الحمايـة والأمـن التامـين في العديـد مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة، فقـد نصـت على ذلـك اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمار بين العـراق وأرمينيا بـأن " تتمتـع اسـتثمارات مسـتثمري الطـرف المتعاقـد وفي جميـع الأحـوال... وحمايـة كاملـة وآمنـة "[1].

لم تكـن قضايـا التحكيـم تشـير إلى معيـار الحمايـة والأمـن التامـين بشـكل كبـير عنـد بيـان الانتهـاك الـذي يتعـرض لـه الاسـتثمار الأجنبـي، ففـي إطـار القضايـا التـي نظرهـا المركـز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار، لم تتم الإشـارة إلى الأخـذ بهذا المعيار منـذ تأسـيس المركـز حتى التسـعينيات مـن القرن العشريـن، ثم لم تزد عن سـت قضايا أشـير إليـه فيهـا للفـترة مـن عـام 1990 لغايـة 2004، إلا انه بعـد ذلك أصبحت الإشـارة إليـه بشـكل كبـير، حيث تمت الإشـارة إليه في قـرارات المحكمين في أكثر مـن (24) قضية خـلال أربـع سـنوات، وهـو مـا يـدل عـلى الأهمية الكبـيرة التي أصبـح يأخذهـا في إطار حمايـة الاسـتثمارات الأجنبية.

وقـد حصـل الاختـلاف فيـما إذا كان معيـار الحمايـة والأمـن التامـين يمثـل احـد أوجـه تطبيـق معيـار المعاملـة العادلـة والمنصفـة، أو انـه معيـار مسـتقل بذاتـه، وهي مـن المسـائل التـي لم يتضـح فيهـا الأمـر بشـكل حاسـم، فنجـد في العديد مـن القرارات الإشـارة إلى المعياريـن في ذات السـياق دون انفصـال، حتـى تجـد إن صياغـة القـرار تعدهـما امـراً واحـداً، أو تطبيقـاً مكمـلاً باعتبـاره عنـصراً مـن عنـاصره.

(1) - المادة (2 / 2) من الاتفاقية.

وعلى الرغم من اختلاف وجهات النظر هذه، إلا إن ماهو محل اتفاق، وخاصة في تطبيقات المحاكم الدولية، إن مسؤولية الدول المضيفة للاستثمار عن انتهاك الحماية والأمن التامين إنما يكون في حدود بذل العناية الواجبة ولا يخلق المسؤولية المطلقة [1].

وهذا ماسبق وان قررته محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة بـ (اليكترونيكا سيكولا ELSI S.P.A) [2]، حيث كان من الموضوعات التي بينت المحكمة في حكمها هو المقصود بالحماية

والأمن التامين، ففي هذه القضية التي اقامتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد ايطاليا ادعت فيها إن ايطاليا قد انتهكت بعض أحكام معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة المعقودة بين الطرفين[3] ومنها ما يتعلق بتأمين الحماية والأمن التامين للاستثمارات المنصوص عليها في المادة (5) من الاتفاقية.

حيث زعمت الولايات المتحدة الأمريكية إن ايطاليا سمحت للعمال الذين يعملون في الشركة باحتلال المصنع العائد للشركة، وجدت المحكمة إن ايطاليا قد اتخذت الإجراءات الكافية لمنع ذلك، وانه لا يمكن تفسير ماورد في الاتفاقية بشأن الحماية والأمن التامين بأن يتم تأمين الضمان للاستثمار ايا كانت الظروف من قبيل الاضطرابات وغيرها.

(1) - Christoph Schruer - Full Protection and Security - Journal of international Dispute Settlement - Vol. 1 - No. 1 - 2010 - p 354.

(2) - وهي شركة ايطالية تملكها بالكامل شركتا (ريثيون) و (ماتشليت) الأمريكيتان، وبسبب خسائرها المتراكمة وديونها، خططت الشركتان لإغلاق (ELSI) وتصفيتها بهدف تقليل الخسائر إلى اقل حد ممكن، ولكن السلطات الايطالية كانت تضغط لعدم إغلاق المصنع وتسريح العاملين، وبعدها أرسلت الشركتان رسائل الفصل للعاملين في الشركة، إلا إن السلطات الايطالية أصدرت امراً بوضع اليد على مصنع الشركة وما يتصل به من أصول، وقام العمال باحتلال المصنع.

(3) - تم توقيع هذه الاتفاقية بين الولايات المتحدة الأمريكية وايطاليا في 2 / شباط / 1948.

وقـررت المحكمـة انـه في ظـل معاهـدة مـن هـذا النـوع فـأن التـزام الدولـة المسـتضيفة للاسـتثمار بتأمـين الحمايـة لـه يكـون في ضـوء الظـروف الواقعيـة المحـددة للحالـة، وان ايطاليـا قـد اسـتجابت لذلـك عـلى نحـو كاف [1].

ومـما وقـع الخـلاف فيـه ايضـاً هـو مضمـون هـذا المعيـار، وبنحـو أدق تحديـد ماهـو نـوع الحمايـة التـي يمكـن أن يؤمنهـا المعيـار للاسـتثمار الأجنبـي، وقـد ظهـر في تطبيقـات المحاكـم في هـذا الخصـوص اتجاهـين:

- **الاتجاه الأول: الحماية المادية فقط:**

يذهـب هـذا الاتجـاه، وهـو التطبيـق الأعـم في المحاكـم، إلى إن معيـار الحمايـة والأمـن التامـين يقتـصر على الأمن المـادي للاسـتثمارات الأجنبية، من قبيـل منع العنف أو اسـتخدام القـوة الماديـة ضد المسـتثمرين أو الاسـتثمارات.

ففـي قضيـة (Saluka) ضـد التشـيك [2]، ذهبـت المحكمة إلى إن معيـار الحماية والأمـن التامـين يقتـصر فقـط على الحمايـة المادية، حيـث بينت المحكمة بشـكل دقيق ومفصـل تطبيـق المعيـار، فقـد أوضحـت انـه يُطبـق أساسـا في أثنـاء النزاعـات الأهليـة ويُقصـد بـه الحمايـة مـن الانتهـاكات الماديـة [3]، وأضافـت بـأن المعيـار لا يعنـي فـرض مسـؤولية صارمـة عـلى الدولة في منـع الانتهاك، وإنما هـي ملزمة ببـذل العناية الواجبة في حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي مـن التدهـور وبصورة خاصـة الحمايـة المادية[4].

(1) - قرار محكمة العدل الدولية في الدعوى المقامة من الولايات المتحدة الأمريكية ضد ايطاليا في 20 / تموز / 1989.

(2) - قضية (SALUKA Investments) ضد جمهورية التشيك - تم نظرها من قبل هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (Sir Arthur Watts) - بتاريخ 17 / 3 / 2006.

(3) - الفقرة 383 من الحكم.

(4) - الفقرة 484 من الحكم.

وتـم الأخـذ بهذا الاتجاه في العديـد من القضايا الأخرى، ومنهـا قضية (Eastern Sugar) ضـد جمهوريـة التشـيك ايضـاً [1]، التـي حـددت بعـض صـور الانتهـاك المـادي التـي تقـع مـن قبـل المتمرديـن والغوغـاء ومرتكبـي العنـف المأجوريـن [2]، وفي قضيـة (Rumeli) ضـد كازاخسـتان [3].

- **الاتجاه الثاني: الحماية المادية والحماية القانونية:**

ويذهـب هـذا الاتجـاه إلى إن المعيـار لا يقتـصر عـلى الحمايـة المادية للاسـتثمار الأجنبـي، وإنما يشـمل كذلـك الحمايـة القانونية.

ويمكـن أن نلاحـظ هـذا الاتجـاه في حكـم محكمـة العـدل الدوليـة في قضيـة اليكترونيـكا سـيكولا ELSI S.P.A، التـي اشرنـا إليهـا سـلفاً، حيـث نظـرت المحكمـة في مسـألتين اعتبرهـما المدعـي ينتهـكان معيـار الحمايـة والأمـن التامـين، الأولى تتعلـق باسـتيلاء العاملـين عـلى المصنـع، والثانيـة تتعلـق بالفـترة الطويلـة التـي اسـتغرقتها المحاكـم الايطاليـة للنظـر في اسـتئناف الحكـم في القضيـة، وهـو مـن المؤكـد يتعلـق بالحمايـة القانونيـة.

---

(1) - قضية (Eastern Sugar) ضد جمهورية التشيك - تم نظرها من قبل هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (Pierre A. Karrer) - بتاريخ 27 / آذار / 2007.

(2) - الفقرة 203 من الحكم.

(3) - قضية (RUMELI TELEKOM) ضد جمهورية كازاخستان - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 16 / 05 / ARB بتاريخ 29 / تموز / 2008 - الفقرة 668.

وفي قضيـة (Siemens) ضـد الأرجنتـين أشـارت المحكمـة إلى الاتفاقيـات في تقريرهـا لهـذا المعيـار، تذهـب إلى ماهـو ابعـد مـن الحمايـة الماديـة ليشـمل الأمـن " القانـوني "، واعتـبرت إن الإجـراءات المتمثلـة في تعليـق الأنشـطة التـي تحقـق ايـراداً للشركـة، وإعـادة التفـاوض عـلى العقـد تحـت ضغـط شـديد، وإسـاءة اسـتخدام قانون الطـوارئ لإنهـاء العقـد، كلهـا تدخـل في انتهـاك معيـار الحمايـة والأمـن التامـين [1].

(1) - مطالبة شركة (Siemens) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) القضية رقم ARB / 02 / 8 بتاريخ 3 / آب / 2004 - الفقرة 286.

المطلب الثاني

العرف الدولي

يُعد العرف الدولي من أهم مصادر القانون الدولي العام، وأغزرها مادة، إذ إن اغلب قواعد هذا القانون ذات الصفة العالمية قد نشأت واستقرت في المحيط الدولي عن طريق العرف وتحت تأثيره، حتى إن القواعد الواردة في المعاهدات الشارعة كثيراً ماتكون تعبيراً أو صياغة لما استقر عليه العرف قبل إبرامها [1].

إن المنازعات القانونية الدولية ترجع إلى خلاف حول حدود ومدى التزامات الأطراف المتنازعة، وإذا كان نطاق تحديد هذا الخلاف ميسوراً في ظل الالتزامات الاتفاقية، فأن تحديد هذا الخلاف في ظل الالتزامات العرفية غالباً ما يكون مدعاةً لنوعين من المشاكل، الأولى تتعلق بحقيقة وجود قاعدة عُرفية تقوم عليها هذه الالتزامات، والاخرى تتعلق بتحديد محتوى هذه القاعدة على فرض وجودها، ذلك لأن القادة العرفية غير مدونة، والمشكلة الأولى هي التي تنال عناية المتنازعين اولاً وعناية القاضي على وجه الخصوص ثانياً، حيث إن المشكلة الأساسية التي تُثيرها القاعدة العرفية هي البحث في كيفية نشوئها، ويتركز جهد القاضي على إثبات وجودها [2].

(1) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 216.

(2) - د.زهير الحسني - مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام - المجلة المصرية للقانون الدولي - العدد 45 لعام 1989 - ص135 - 136.

لذلـك تجـد الـدول الناميـة إن الأعراف الدوليـة عاجزة عن ايجاد آليـات قانونية فعالـة وناجعـة لضبـط سـلوك وعلاقـات الـدول خاصة على المسـتوى الـدولي [1]، كما ان الحمايـة بموجـب القانـون الـدولي العـرفي غـير قابلـة للتنفيـذ مبـاشرة من قبـل الطرف المتـضرر، حيـث لا يوجـد ميـدان واضـح لتسـوية المنازعـات دوليـا، وهو مـا ادى بدوره الى تطـور الطريـق الثـاني للحمايـة المتمثل في اتفاقيـات الاسـتثمار الدولية [2].

إلا إن للقاعـدة العرفيـة وجهـا ايجابيـاً يتمثـل في مرونتهـا مـما يجعلهـا قابلـة للتطـور ومواكبـة الحاجـات الجديـدة، وان كان تطورهـا بطيئـاً لا يُجاري احيانـاً التطور السريـع للعلاقـات الدوليـة[3]، يضـاف إلى ذلـك إن العـرف الـدولي العـام يُلـزم جميـع الـدول دون اسـتثناء مـما يحقـق حماية للاسـتثمار الأجنبـي في أقاليم الـدول كافة دون الحاجـة إلى تعهـد محـدد مـن الدولـة المضيفة.

وتعتـبر قواعـد الحـد الأدنى في معاملـة الأجانـب والمعاملة العادلـة والمنصفة من أهـم قواعـد القانـون الـدولي العرفي وأكثرهـا تطبيقا في حمايـة الاسـتثمار الأجنبي، وهو مانبينـه فيما يلي:

اولاً: قاعدة الحد الأدنى في معاملة الأجانب

يقصـد بالحـد الأدنى لمعاملـة الأجانـب بأنه " لـكل أجنبي يقيم عـلى إقليم دولة أن يتمتـع بقـدر مـن الحقـوق تعتـبر الحـد الأدنى لما يجب عـلى كل دولـة أن تعترف به لهـم وفـق القواعـد الدوليـة العرفيـة "، ومعنى ذلك انـه عند قيام الدولـة بتحديد مركز

(1) - د. مصطفى احمد فؤاد - مبادئ القانون الدولي العام - القاعدة الدولية - 2004 - ص 268.

(2) - Mihir C. Naniwadekar - The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference? - Trade, Law and Development journal - Vol.II - No.1 - p 171.

(3) - د. عاصم جابر - الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة - دار عويدات للنشر والطباعة - سنة الطبع 2001 - ص 243.

الأجانب الموجودين على إقليمها، فأن حريتها في هذا الشأن ليست مطلقة، إذ إنها تلتزم وفق قواعد العرف الدولي بالاعتراف لهم بكافة الحقوق التي تدخل في نطاق الحد الأدنى الذي يفرضه القانون الدولي لمعاملة الأجانب[1].

وقد أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في حكمها الصادر بشأن مصالح الرعايا الألمان في سيليزيا العليا حيث بينت بأن " معاملة الرعايا الألمان المقيمين في بولندا يجب أن تكون متفقة مع الأحكام التي يفرضها القانون الدولي العرفي على كل دولة بشأن معاملة الأجانب " [2].

إلا أن تحديد مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب الذي يجب أن يتم معاملة الأجانب بموجبه لم يكن محل اتفاق دولي، حيث ظهر في هذا الصدد عدة اتجاهات:

- **الاتجاه الأول / أن لا تقل المعاملة عن معاملة الوطنيين**

أي إن الحد الأدنى الذي يجب أن يتم يُعامل الأجانب بموجبه، والذي يخلي مسؤولية الدولة المضيفة، إنما يكون بمعاملة لا تقل عن معاملة المستثمرين الوطنيين.

فإذا كانت المعاملة دون ذلك فأن خرقاً للقاعدة قد تحقق، وما يعيب هذا المعيار إن معاملة المستثمرين الأجانب وحمايتهم تكون متباينة من دولة لأخرى بحسب نظامها القانوني، فمن الممكن أن يتلقى المستثمر ذاته معاملة مختلفة في بلدين مختلفين في معاملتهما لمواطنيهما، كما انه يمكن أن يجعل الحماية في مستوى متدني إذا كانت الدولة لا تراعي حقوقاً معقولة لمواطنيها في تشريعاتها وممارساتها الداخلية.

(1) - د. عبد المؤمن بن صغير - دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب - مجلة الفقه والقانون - العدد الثاني عشر - 2013 - ص 162.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر في 25 / حزيران / 1926 حول النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان في سيليزيا العليا.

- **الاتجـاه الثـاني / أن لا تقـل المعاملـة عـن معاملـة مواطنـي الشـعوب المتمدنـة ومـا يقـرره القانـون الـدولي.**

وهـو ماتـراه الـدول الغربيـة والولايـات المتحـدة الأمريكيـة مـن إن هنـاك حـداً أدنى مـن العدالـة ينبغـي أن توفـره الدولـة للأجنبي، حتـى لو كانت لم توفـره لمواطنيها، فـإذا كان نظـام في بلـد مـا لا يتفـق وذلـك المسـتوى، عـلى الرغـم مـن إن شـعب ذلـك البلـد قـد يكـون قانعـاً بـه، أو مرغـماً عـلى العيش في ظلـه، فأنـه لا يُمكن إرغـام أي بلد آخـر عـلى قبولـه نظامـاً يوفر سـبيلاً مرضيـاً لمعاملـة مواطنيه فيـه [1].

ويعتمـد هـذا الاتجـاه وجهـة نظـر متقدمـة في مسـتوى المعاملة التـي يجب أن يتلقاهـا المسـتثمر الأجنبـي في البلـد المضيـف، إذ ليـس مـن المقبول أن يتراجع مسـتوى الحمايـة إلى حـدود يكـون فيهـا مـن المقبـول أن يتـم معاملـة المسـتثمر الأجنبـي، وفقاً لتشريعـات وأنظمـة لاتراعـي الحـدود الدنيا لحقوق الإنسـان الأساسـية.

كـما أن هـذا الاتجـاه يأخـذ بنظـر الاعتبـار مـا ارتقـى إليـه القانـون الـدولي من معاملـة للمسـتثمرين الأجانـب، وقـد وجد أساسـه الفكري لهـذه المعاملة مـن منطلق كونـه مسـاهماً في عمليـة التنمية الاقتصاديـة، حيث أن هذه الحمايـة وان كانت تلتقي أو تندمـج، بحسـب الظاهـر، مـع اعتبـارات حقـوق الإنسـان، أي باعتبـار أن المسـتثمر لـه مـن الحقـوق مـا للآخريـن بصفتهـم هـذه، إلا أن اعتبـارات المسـاهمة في التنميـة الاقتصاديـة، قـد ارتفعـت بمسـتوى الحمايـة التـي يجـب أن يتلقاها المسـتثمر الأجنبي.

وبغـض النظـر عن مـدى خطأ هذه التفسـيرات أو المعايير التـي قيلت بخصوص معيـار الحـد الأدنى أو صوابهـا، فـأن مـن الجديـر بالقـول بـأن المفهـوم التقليـدي للحـد الأدنى لحقـوق الأجانـب التـي يوفرهـا العـرف الـدولي للأجانـب بمـا فيهـم المسـتثمرون

(1) - د. عبد الواحد الفار - طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم - منشورات دار النهضة العربية - سنة الطبع 1985 - ص 12.

الأجانب، لم يعد كافياً لحماية وصيانة أموال المستثمر الأجنبي، فقد أدى تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي إلى تطور مفهوم الحد الأدنى، فالملاحظ أن المزايا والحقوق إضافة إلى الضمانات القانونية التي توفرها تشريعات الاستثمار الوطنية للمستثمر الأجنبي في معظم البلدان وكذلك الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار، من خلال النص على عدم جواز مصادرة أو تأميم ملكية المستثمر الأجنبي إلا إذا توافرت شروط معينة وبعد دفع تعويض عادل ومناسب للأجنبي، إضافة إلى الضمانات الأخرى والمتمثلة في حرية المستثمر الأجنبي في تحويل رأس المال وأرباح استثماره إلى بلده الأصلي وغيرها من الضمانات التي عادة ما تنص عليها تشريعات الاستثمار، وكذلك الاتفاقيات الثنائية، كل ذلك يؤدي إل ى القول بأن تلك المزايا والضمانات تأتي فوق مستوى الحد الأدنى لتمتع الأجانب بالحقوق والمقررة بمقتضى قواعد القانون الدولي، بل تتجاوز مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين [1].

حيث يمكن القول أن قواعد الحد الأدنى باعتبارها من القواعد الدولية العرفية أخذت بعد الحرب العالمية الثانية، وبفضل انتشار اتفاقيات الاستثمار الثنائية مديات في حماية الاستثمار الأجنبي يمكن وصفها في بعض الأحيان، بأنها أكثر مما يسعى إليه المستثمر بنفسه، حيث جاءت تلك الاتفاقيات لترفع كثيراً من مستوى الحماية، ويمكن أن تخلق عرفاً دولياً جديداً ينطوي على مضامين حماية للاستثمار الأجنبي تتعدى كثيراً ما كان عليه في مراحل سابقة.

ومن ذلك على سبيل المثال، مسألة التعويض عن نزع الملكية، التي تعتبر من أهم موضوعات الحماية المقررة للاستثمار الأجنبي.

(1) - عمر هاشم محمد صدقة - مصدر سابق - ص 52.

فقد كانت محل خلاف كبير بين الدول المصدرة للاستثمار الأجنبي، التي تُريد أن يكون التعويض في حال نزع الملكية " كاملاً وفعالاً وفورياً "، وبين الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي التي تجد بأن التعويض يكفي فيه أن يكون مناسباً، وفي هذا الخصوص اقر العرف الدولي في التعويض أن يكون مؤجلاً أي وعداً بالتعويض واعتبر ذلك كافياً لمشروعيته من ناحية المدة [1].

ونتيجة لذلك الخلاف، وما استقر عليه العرف الدولي بشأنه، وجد المستثمرون الأجانب أن قواعد الحد الأدنى في إطار القانون الدولي العرفي لا توفر الحماية الكاملة للاستثمار الأجنبي، بينما نجد أن الاتفاقيات الثنائية الدولية ارتفعت بذلك إلى مستوى يجعل فيه التعويض يكون بأوصاف أكثر حماية للاستثمار الأجنبي، ومن ذلك ماورد في اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق وألمانيا " أن مثل هذه التعويضات - عن التأميم والمصادرة وغيرها - سيتم دفعها بدون أي تأخير، مع تحميلها الفائدة المصرفية المستحقة لحين موعد الدفع وسيكون مبلغ التعويض هذا متحققاً وقابلاً للتحويل بسهولة "[2].

وكذلك ماورد في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان التي حددت أوصاف التعويض بأن يكون فورياً وكافياً وفعالاً [3]، وان يتم دفع التعويض دون تأخير ويتضمن فائدة بسعر تجاري يتم تحديده على أساس سعر السوق اخذاً بعين الاعتبار المدة الزمنية حتى وقت الدفع [4]، وبذلك تكون اتفاقيات الاستثمار الدولية قد غيرت في مضمون القانون الدولي بشأن مسألة التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي عند نزع ملكيته وكيفيته.

(1) - سنتعرض بتفصيل أكثر عن الخلاف بشأن التعويض وأوصافه عند بيان الآثار المترتبة على مسؤولية الدولة عن حماية الاستثمار الأجنبي.

(2) - المادة (الرابعة / 2) من الاتفاقية.

(3) - المادة (11 / 1 / ج) من الاتفاقية.

(4) - المادة (11 / 3) من الاتفاقية.

وهـو مـا أشـارت إليـه بشـكل صريـح محكمـة التحكيـم في قضيـة (Mondev) ضـد الولايـات المتحـدة الأمريكيـة بـأن العـدد الكبـير مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة والمتعـددة الأطـراف، والممارسـات المتماثلـة قـد أثـرت في محتـوى القواعـد التـي تحكم معاملـة الأجانـب في القانـون الـدولي الحـالي [1].

ثانياً: المعاملة العادلة والمنصفة

وجدنـا مـن المناسـب أن يتـم اعتبار هذا المعيـار من ضمن المعايـير التي يقررها القانـون الـدولي العـرفي لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، وذلـك لعـدة أسـباب مـن أهمهـا، إن وجـود أكـثر مـن (2000) اتفاقيـة اسـتثمار ثنائيـة تضمنـت النـص عليـه، فيهـا مـن الكفايـة أن تخلـق قاعـدة عرفيـة دوليـة، وثانيهـا، العلاقـة الوثيقـة التـي تربـط هـذا المعيـار بقواعـد الحـد الأدنى لمعاملـة الأجانـب، بحيـث يجد البعـض إن معيـار المعاملة العادلـة والمنصفـة لا يختلـف في حقيقـة الأمـر عـن المعيـار الأدنى الـدولي، الـذي تعتبره بعـض الـدول معيـار المعاملـة الـلازم لمعاملـة المسـتثمرين الأجانـب بمقتـضى القانـون الـدولي العـرفي [2].

وعـلى الرغـم مـن ان المواثيـق الاولى التـي ورد فيهـا هـذا المعيـار[3]، لم يكتـب لهـا الحيـاة، فقـد بـاءت محـاولات إقـراره بالفشـل بسـبب التعـارض الكبـير في وجهات النظـر بشـأنه بين الـدول النامية والدول المتقدمـة وخاصة الولايات المتحـدة الأمريكية،

(1) قضية (Mondev) ضد الولايات المتحدة الأمريكية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 99 / 2 بتاريخ 11 / تشرين الثاني / 2002 - الفقرة 117.

(2) - ستيفن فاسياني - معيار المعاملة العادلة والمنصفة في قانون الاستثمار الدولي - تقرير ابتدائي مقدم للجنة القانون الدولي - الوثيقة رقم (A / 66 / 10) المرفق (د) - ص 440 - 441.

(3) - إن أول ظهور لعبارة (المعاملة العادلة والمنصفة) في الاتفاقيات الدولية ورد في ميثاق منظمة التجارة العالمية المعروف (بميثاق هافانا) لعام 1948، وكذلك ورد النص عليه في المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية الذي عقد في عام 1948 أيضا، حيث أشارت لذلك المادة (22) من اتفاقية بوغوتا الاقتصادية الخاصة بتدابير حماية المستثمرين الأجانب.

وكذلـك اتفاقيـة بوغوتـا لم يكتـب لهـا أن تـرى النـور، إلا إن لهـا الأثـر اللاحـق الكبير في إدراجـه ضمـن عـدد كبير مـن الاتفاقيـات الثنائيـة [1].

ولأهميـة هـذا المعيـار الكبـيرة في وضـع أسـس موضوعيـة وعادلـة لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، سـنبين مضمـون المعيـار وعنـاصره.

1 - مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة

لقـد اختلفـت الاتجاهات بشـأن تحديـد معنى المعاملـة العادلـة والمنصفة التي وردت الإشـارة إليهـا في عـدد كبـير مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الدولية، فبعـض الاتفاقيات أشـارت هـي بذاتهـا إلى المعيـار المعتـبر في ذلـك، فاعتـبرت إن معنـى المعاملـة العادلـة والمنصفـة يتحـدد وفقـاً لقواعـد القانون الـدولي [2]، وهذا الأسـلوب يتفادى التفسـيرات التـي تذهـب إلى تحديـد المعاملـة العادلة والمنصفة وفقـاً لقواعد القانـون الداخلي وما يسـتتبع ذلـك مـن آثـار سـلبية ربمـا تنشـأ من كـون الأنظمـة القانونيـة الداخليـة تعتبر ماهـو عـادل ومنصـف بمـا هـو دون مـا تقـره قواعـد القانـون الـدولي، إلا إنهـا لم تبـين المعنـى الدقيـق المنطبـق عليهـا في القانـون الـدولي، وبذلـك تباينـت الآراء والاتجاهات بشأنها.

(1) - في عينة من 365 اتفاقية ثنائية لم تتضمن (19) منها فقط لقاعدة المعاملة العادلة والمنصفة، وهو ما يمثل نسبة ،0,05% أي إن 99,5% من الاتفاقيات قد تضمنتها: يُنظر

Ioana Tudor_ The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment - Oxford University Press - 2008 - p 23.

(2) - من قبيل ما ورد في المادة الثالثة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين فرنسا والجزائر التي نصت " المعاملة العادلة والمنصفة تتحدد وفقاً لقواعد القانون الدولي ".

- **الاتجـاه الأول / المعاملـة العادلـة والمنصفـة تتحقـق بمضمـون الحـد الأدنى لمعاملـة الأجانـب المقـررة في القانـون الـدولي العرفي.**

يسـاوي هـذا الاتجـاه بـين مضمـون القاعدتـين ويعتبرهـما يقومـان عـلى أسـاس واحـد، فيجـد إن قاعـدة المعاملـة العادلـة والمنصفـة تتسـاوى مـع مايقـرره القانـون الـدولي العـرفي المسـتقر في معاملـة الأجنبـي.

وقـد اعتمـدت منظمـة التعاون والتنميـة الاقتصادية هذا الاتجـاه في بيان معنى المعاملـة العادلـة والمنصفـة، حيـث تجـد أن تعبير معاملـة "عادلة ومنصفـة"، المتعارف عليـه في الاتفاقيـات الثنائيـة، يشـير إلى المعيار الـذي وضعه القانون الـدولي لمعاملة كل دولـة بشـأن ملكيـة الأجانـب، وبمـا أن المعيـار قـد وضعـه القانـون الـدولي، فيمكنه أن يتطلـب المزيـد من التشـدد عندما تكون القواعـد الوطنية أو الممارسـات التنفيذية أقل مـن متطلبـات القانـون الـدولي، وإن المعيـار يتطلـب التوافـق عملياً مع "الحـد الأدنى" الذي يشـكل جـزءً مـن القانون الـدولي العرفي[1].

وهـو ذات الموقـف الـذي تبنتـه اتفاقيـة (NAFTA) حيـث بينـت اللجنـة التـي وضعـت مـشروع الاتفاقيـة وبشـكل صريح بشـأن بيـان مفهـوم المعاملـة العادلة والمنصفـة وحـدوده، وذلـك في بيانها التفسـيري، بأن (معيـار المعاملة العادلـة والمنصفة كـما هـو مسـتخدم في NAFTA لم تفكـر في مسـتوى أعـلى مـن معايـير الحـد الأدنى المعـترف بهـا في القانـون الـدولي العـرفي) [2].

(1) - القرار التفسيري الصادر عن مجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بتاريخ 12 / تشرين الأول / 1967 بشأن مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية.

(2) - M. Sornarajah - ibid - p204.

وقد أخذت محاكم التحكيم بهذا الاتجاه في عدة قضايا، منها قضية (Mondev) ضد الولايات المتحدة الأمريكية [1]، وقضية (CME) ضد التشيك[2]، وقضية **Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin** ضد استونيا[3] وغيرها.

إلا إن هذا الاتجاه يثير جملة من الانتقادات توجه إلى عدم تحقيقه الغاية التي وجد من اجلها في إطار حماية الاستثمار الأجنبي، فهو بهذه الحالة وهذا التصور، يُثير خلافاً في كيفية تحديد مضمونه وطبيعته بسبب الاختلاف القائم أساسا بين الدول المصدرة للاستثمار والمستوردة له بشأن مضمون قاعدة الحد الأدنى كقاعدة من قواعد القانون الدولي.

ومن جهة أخرى فأننا نجد أن هذا الاتجاه الذي يذهب إلى القول بأن قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة تمثل في جوهرها الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يمثل تراجعاً في النهج الدولي العام الذي يسعى إلى تطوير قواعد الحماية ورفع مستواها، حيث إن الاتفاقيات الدولية أوردت من المزايا والضمانات ما يفوق الحد الأدنى المقرر في القانون الدولي العرفي، وهو اتجاه غير سديد إذا كان يتضمن النزول بقواعد

(1) - قضية (Mondev) ضد الولايات المتحدة الأمريكية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 99 / 2 بتاريخ 11 / تشرين الثاني / 2002 - الفقرة 125.

(2) - قضية (CME) الهولندية ضد جمهورية التشيك والتي تم التحكيم فيها من قبل محكمين وفقاً لقواعد الاونسترال - بتاريخ 13 / أيلول / 2001.

(3) - قضية ((Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin ضد جمهورية استونيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في القضية رقم ARB / 99 / 2 في 25 / حزيران / 2001.

الحماية من الحدود المتطورة والمرتفعة في مداها إلى الحد الأدنى، وهو بالتأكيد لا يمثل الرغبة الحقيقية للدول والمنظمات الدولية المتخصصة التي تسعى جاهدة لرفع مستويات حماية الاستثمار الأجنبي.

- **الاتجاه الثاني / المعاملة العادلة والمنصفة تشمل القواعد المقررة في العرف والاتفاقيات الدولية والمصادر الأخرى**

إزاء العيوب التي برزت في الرأي الذي يذهب إلى إن المعاملة العادلة والمنصفة تمثل الوجه الآخر لقاعدة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب المقررة في القانون الدولي العرفي، فأن الاتجاه الثاني يذهب إلى إن المعاملة العادلة والمنصفة تتضمن كافة المبادئ والقواعد التي يقررها القانون الدولي بصورة عامة وأهمها القواعد الدولية العرفية والاتفاقية.

وقد تم التعبير عن هذا الاتجاه في دراسة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في عام 1984 [(1)].

وفي حكم محكمة التحكيم في قضية (Metalclad and S.D. Myers) أشارت محكمة التحكيم إلى إن عبارة " عادلة ومنصفة" وعبارة " الحماية والأمان التامين " الواردتين في المادة 1105 من اتفاقية (NAFTA) لا يمكن قراءة أي واحدة منهما بشكل منعزل عن الأخرى وإنما يجب قراءة الفقرة ككل، وانه يجب قراءتهما في ضوء العبارة الواردة في المقدمة "المعاملة وفقاً لقواعد القانون الدولي"[(2)].

---

(1) - Cathrine Yannaca Small - Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - OECD Working Papers on International Investment - 2004 / 03 - OECD Publishing - p 20.

(2) - حكم محكمة التحكيم في قضية شركة (S.D.Myers) الأمريكية ضد كندا - تم التحكيم فيه من قبل محكمة ثلاثة مُحكمين برئاسة ((J.Martin Hunter طبقاً لقواعد الاونسترال - صدر الحكم بتاريخ 13 / تشرين الثاني / 2000.

- **الاتجاه الثالث: المعاملة العادلة والمنصفة قاعدة مستقلة بذاتها**

وهـذا الاتجـاه تذهـب إليـه الـدول الناميـة التـي تُريـد أن تجعـل الاتفاقيـات الدوليـة هـي المعـبرة عـن إرادتهـا، دون إلزامهـا بما اسـتقر عليـه العرف الـدولي في هذا الخصـوص، والـذي تعتـبره يمثـل إرادة الـدول المتقدمـة.

ووفقـاً لهـذا الاتجـاه يمكـن أن يتخلف عن العـدد الكبير من الاتفاقيـات الدولية مضمـون مختلـف لمعيـار المعاملـة العادلـة والمنصفـة ينسـجم مـع مصالح تلـك الدول، وبالتـالي يتولـد عنـه عـرف دولي جديـد بمضمـون مختلف، إلا إننـا لم نجـد في تطبيقات المحاكـم الدوليـة أي تطبيـق لهـذا الاتجاه في الوقـت الحاضر.

2 - العناصر المكونة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة

يمكـن القـول إن إخلال الدولـة المضيفة للاسـتثمار الأجنبي بأحـد العناصر الآتية يُمثـل انتهاكاً للمعاملـة العادلة والمنصفة:

1 - التوقعات المشروعة للمستثمر:

إن البيئـة الاسـتثمارية تتطلـب مجموعـة مـن الضمانـات القانونيـة التـي تخلق الشـعور الدافـع للاسـتثمار الأجنبـي، يضاف إليها اتسـاق العمـل العام للدولـة المضيفة للاسـتثمار مـن وعود وتصريحات سياسـية مطمئنة للمسـتثمرين لتضيـف دافعاً جديداً لاجتـذاب الاسـتثمار، إن تلـك البيئة القانونية والسياسـية الجاذبة للاسـتثمار تخلق لدى المسـتثمر مـا يسـمى بالتوقعـات أو التطلعـات المشروعة في وجود مناخ ملائم ومسـتقر للاسـتثمار يتـم على أساسـه تقدير الجـدوى الاقتصادية لعملية الاسـتثمار.

ان حمايـة التوقعـات المشروعـة للمسـتثمرين في قانـون الاسـتثمار الـدولي نجدهـا متجـذرة وبشـكل راسـخ في ممارسـات التحكيـم باعتبارهـا عنـصراً قائمـاً بذاتـه واهـم مكونـات معيـار المعاملـة العادلـة والمنصفـة [1]، وفي هـذا الصـدد أثـيرت

(1) - Felipe Mutis Te´llez - Conditions and Criteria For The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law - ICSID Review - Vol. 27 - No. 2 - 2012 - p 432.

أكثر مـن قضيـة ضـد الإكـوادور لقيامهـا بتغيـير سياسـتها الضريبيـة، حيـث اعتـبرت المحكمـة في إحداهـا إن تغيـير السياسـة الضريبيـة لا يضمـن النهـج المتسـق المعقـول الـذي هـو احـد عنـاصر المعاملـة العادلـة والمنصفـة [1]، وفي قضيـة أخرى متعلقـة ايضا بتغيـير الإكـوادور لسياسـتها الضريبيـة بشـكل اضر بمصلحـة المسـتثمر أكـدت محكمـة التحكيـم إن (اسـتقرار الإطـار القانـوني والمـالي يعتـبر عنـصر أسـاسي للمعاملـة العادلـة والمنصفـة)[2].

وفيـما يخـص التوقعـات المتعلقة بتقديـر الفترة الزمنيـة التي يتطلبها الاسـتثمار الأجنبـي حتـى يـؤتي أكلـه، واعتبـار ذلـك مـما يدخـل في التوقعـات المشروعـة، بينـت محكمـة التحكيـم في قضيـة (Tecmed S.A) إن " مـن المعـروف والثابـت عـلى نطـاق واسـع إن المسـتثمر يأخـذ بنظـر الاعتبـار تقديـر الوقـت الـلازم لاسـتمرار الاسـتثمار والأعـمال المطلوبـة بهـدف اسـتعادة أصـل المبالـغ المسـتثمرة والحصـول عـلى العوائد، وينبغـي أن ينظـر إلى تلـك التوقعـات بأنهـا مشروعـة، وان ذلـك تمـت مراعاتـه بوضوح عنـد تقديـم الشركـة لعطائهـا في مناقصـة إنشـاء مكـب النفايـات " [3].

---

(1) - مطالبة شركة (Encana Corp) الكندية ضد جمهورية الإكوادور التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ISCID) - القضية المرقمة (ARB / 02 / 1) في 3 / تشرين الأول / 2006.

(2) - مطالبة شركة (Occidental Exploration & Prod. Co) ضد جمهورية الإكوادور التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ISCID) - القضية رقم (UN / 3467) في 1 / تموز / 2004.

(3) - قضية (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A) ضد المكسيك التي نظرها المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم ARB (AF) / 00 / 2 - بتاريخ 29 / ايار / 2003 - الفقرة 150.

2 - عدم التمييز:

جاء مفهوم عدم التمييز في اتفاقيات الاستثمار مرتبطاً ومقترناً بمفهوم المعاملة العادلة والمنصفة، حيث إن العديد من تلك الاتفاقيات جاءت بكلا المفهومين في نفس الجملة، ففي مشروع اتفاقية حماية الملكية الأجنبية الذي تم وضعه من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) عام 1967 أشارت إلى التزام الدول بالمعاملة العادلة والمنصفة وعدم التمييز [1].

في القضية المقدمة من (saluka) المستثمر الهولندي في احد المصارف التشيكية، قدم مطالبته ضد حكومة التشيك لانتهاكها قواعد المعاملة العادلة والمنصفة الواردة في الاتفاقية الثنائية بين هولندا والتشيك [2]، حيث بادرت الحكومة التشيكية بخصخصة أربعة مصارف كبرى لديها، وقامت بتقديم المساعدة المالية لثلاثة منها اشتراها مستثمرون من مواطنيها، إلا إنها لم تقدم المساعدة المالية للمصرف الرابع العائد للمستثمر الهولندي، وقد وجدت محكمة التحكيم انه لا يوجد أساس معقول للتمييز، وهو بالتالي انتهاك للمعاملة العادلة والمنصفة، وبينت المحكمة في استنتاجاتها إن المصارف الأربعة كانت في موقف متشابه من حيث مسألة الديون المعدومة، وعليه فأنه يتعين على الدولة المضيفة عند تقديمها المساعدة المالية أن لا يكون تمييزيا أو ضاراً بشكل غير معقول للمستثمر الأجنبي [3].

(1) - Kenneth J. Vandevelde - ibid - p 63.

(2) - جاء في المادة (3) الفقرة (1) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هولندا وجمهورية التشيك الموقعة عام 1991 (على كل طرف من الأطراف المتعاقدة ضمان معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات المستثمرين من الطرف الآخر)

(3) - Permanent Court of Arbitration - The matter of an arbitration under the uncitral arbitration rules - saluka investments bv (the Netherlands) V the Czech republic - in 17 March 2006.

3 - الشفافية:

الشـفافية قـد تكـون أكثر العناصر اضطرابـا من حيث المفهـوم في معيار المعاملة العادلـة والمنصفـة واعتـبرت العديـد مـن المحاكـم إن معيـار المعاملة العادلـة والمنصفة يتطلـب الشـفافية، ولكـن لا توجد قاعدة تصـف مدى الشـفافية المطلوبة [1].

في قضيـة شركـة (Siemens) ضـد الأرجنتـين التـي تتلخـص، بقيـام الحكومـة الأرجنتينيـة بتوقيـع عقـد مـع شركـة (Siemens) الألمانيـة لتقديـم خدمـات تكنولوجيا المعلومـات، وبعـد ذلـك قامـت الأرجنتـين بتعليـق العمل بالعقـد، ورفضت دفـع مبالغ العمـل المنجـز، ثم قامت بإنهاء العقد وامتنعت عن السـماح للشركـة الألمانية بالوصول إلى الملـف الإداري للعقـد لتقديـم طعـن قضـائي [2]، فقـد بينـت المحكمـة بـأن (الحجج المقدمـة للتأخـير في دفـع التعويـض ليـس لهـا أسـاس في العقـد أو المرسـوم 01 / 669، والحرمـان مـن الوصـول إلى الملـف الإداري لغـرض تقديـم الطعن القضائي ضد المرسـوم يُظهـر انعـدام شـفافية الأرجنتـين فيـما يتعلـق بالاسـتثمار، خاصـة وإنها قد أبـدت بأن العقـد قد فُسـخ بسـبب خطـأ المقـاول) [3].

وفي قضيـة (Maffezini) ضـد اسـبانيا، بشـأن قيـام الحكومـة الاسـبانية بتحويل الحسـاب المـصرفي الخـاص بـه دون علمـه أو موافقتـه، فقـد اعتـبرت المحكمـة ذلـك السـلوك ينتهـك مبـدأ الشـفافية في معيـار المعاملـة العادلـة والمنصفـة [4].

---

(1) - Kenneth J. Vandevelde - ibid - p 83.

(2) - Kenneth J. Vandevelde - ibid - p87.

(3) - مطالبة شركة Siemens ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID - القضية رقم ARB / 02 / 8 - بتاريخ 6 / كانون الثاني / 2007.

(4) - مطالبة (Maffezini) ضد مملكة اسبانيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID - القضية رقم ARB / 97 / 7 - بتاريخ 13 / تشرين الثاني / 2000.

ان عـدم وجـود إطـار أو حـدود تقـف عندها المعـاني اللازمة للشـفافية، قد منح هـذا العنصر مـن عنـاصر المعاملـة العادلـة والمنصفة مديـات ومجـالاً اكبر في الاسـتناد إليـه والاحتجـاج بـه في مواجهـة أعـمال الدولـة المسـتضيفة للاسـتثمار، وجعلـت مـن الممكـن بسـهولة أن يتـم الاسـتناد إليهـا في أحيان كثـيرة [1].

فقـد اعتـبرت محكمـة التحكيـم إن البيانـات المعروضـة في المراسـلات المتبادلـة بـين احـد المؤسسـات المكسـيكية وبـين (Cytrar or Tecmed) لا يمكـن أن تعـبر تعبيراً واضحـاً لا لبـس فيـه عـن إرادة الحكومـة المكسـيكية في تغيـير موقفهـا مـن التمديـد للترخيـص الممنـوح للمسـتثمر طالمـا لم يتم نقل أعمالـه، ولا يمكن اعتباره إنـذارا صريحاً وشـفافاً موجهـا إليه [2].

مـن خـلال ماعرضنـاه مـن قـرارات لمحاكـم التحكيـم المختلفـة بصـدد تطبيـق معيـار المعاملـة العادلـة والمنصفـة، نجـده أصبـح منفـذاً مقبـولاً للتوسـع في تأمـين الحمايـة للاسـتثمارات الأجنبيـة، حتـى انـه يمكـن القـول بأنـه سـنجد مسـتقبلاً أوصافـا أو عنـاصر أخـرى تسـتند إليهـا محاكـم التحكيـم وطيهـا تحت جنـاح هذا المعيـار الذي يقبـل التمـدد والتوسـع بشـكل كبـير، خاصـة وان مفهوم العدالة بحسـب لجنة تسـوية المنازعـات بـين الولايـات المتحـدة الأمريكيـة والمكسـيك ينـصرف إلى (الشـعور الطبيعي بالعدالـة باعتبارهـا شـعوراً مسـتقلاً عـن القانـون وعـن السـوابق القضائيـة) [3]، وهـو

(1) - Benedict Kingsbury and Stephan Schill - Investor - State Arbitration as governance Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global administrative Law - Working Paper to New York University School of Law - 2009 - p 15

(2) - مطالبة (Tecnicas Medioambientales Tecmed) ضد المكسيك التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID - القضية رقم ARB (AF) / 00 / 2 بتاريخ 29 / ايار / 2003.

(3) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 233.

ما يضيف حرية ونطاقاً أوسع لهيئات التحكيم في إضفاء الصيغ التي تراها مناسبة لحماية الاستثمار طبقاً لما يقتضيه شعورها بمعنى العدالة دون أن تقيدها في ذلك أية قيود سوى ما تبتغيه من تحقيق الحماية المقترن بالعدالة والتوازن بينهما.

وهو ما أخذت به محاكم التحكيم، حتى إن عدداً كبيراً من المطالبات تحت إطار اتفاقية (NAFTA) استندت إلى المعاملة العادلة والمنصفة، بحيث كان هناك تفضيل واضح للتفسير الواسع لهذه العبارة، لأنه من شأنه أن يزيد قدرة المحاكم لمراجعة كل عمل من أعمال الحكومة يتعارض معها حينما لا يكون له مضمون محدد أو نقطة مرجعية يمكن اختبار صحته على أساسها(1).

لذا وجدت بعض الدول ان التوسع في تفسير هذا المعيار وتطبيقه من قبل محاكم التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إسفافا غير مبرر، مما اضطر عدداً من تلك الدول إلى الانسحاب من المركز، ومن بين تلك الدول بوليفيا التي اعتبرت إن هيئات التحكيم في المركز قد فسرت هذا المعيار لمصلحة الشركات متعددة الجنسيات على حساب الدول ذات السيادة (2).

(1) - M. Sornarajah - ibid - p 350.

(2) - Richard Karugarama Lebero - ibid - p 171.

المطلب الثالث

مبادئ القانون العامة

تعتبر مبادئ عامة للقانون الدولي، تلك التي تتعامل بها اشخاص القانون الدولي فيما بينها باعتبارها جزءً من القانون الوضعي [1].

و يُثير لجوء المُحكمين إلى المبادئ العامة للقانون جدلاً كبيراً في مدى صلاحيتها لخلق أسس موضوعية يمكن من خلالها تسوية النزاع، ذلك إن مفردة " عامة " هي مفردة غامضة، فهل المراد بها السعة كونها تضم مبادئ واسعة في التطبيق مثل مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " أو مبدأ " حسن النية " أم إن المراد بها أن تكون مقبولة في عدد كبير من النظم القانونية حول العالم[2]؟

نعتقد إن المعنى الثاني هو الأقرب للدقة من المعنى الأول وخاصة في مجال القانون الدولي، ذلك إن القانون الدولي يراعي كثيراً اعتبارات النظم القانونية الدولية في وضع أسسه ومبادئه[3]، وذلك لحقيقة أساسية هي إن هذا القانون يُنظم العلاقة بين الدول التي تكون من نظم قانونية مختلفة، ومن جهة ثانية إن الرأي الأول لا يضيف شيئاً مهماً لمضمون العدالة التي يبتغيها المحكم عند نظر النزاع، فربما تكون بين يديه قاعدة اتفاقية تقتصر على طرفي الاتفاق وتحسم

(1) - د. زهير الحسني - مصادر القانون الدولي العام - منشورات جامعة قار يونس - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1993 - ص 246.

(2) - Emmanuel Gaillard - general principles of law in International Commercial Arbitration - World Arbitration & Meditation Review - vol 5 - NO 2 - 2011 - p 161.

(3) - أوضح مثال لذلك إن تكوين محكمة العدل الدولية يتم انتخاب أعضائها على أساس مقدرتهم وكفاءتهم في القانون والقضاء ويراعى في اختيارهم تمثيل المدنيات الكبرى والنظم القانونية الرئيسية في العالم.

النـزاع، أفضـل مـن قاعـدة واسـعة لا تحقـق العدالة المرجوة، أما التفسـير الثـاني لمفردة العامـة فهـو يحقـق اطمئنانـاً اكبر لفكـرة العدالـة باعتبـار إن ذلـك المبـدأ مـما أقرتـه النظـم القانونيـة المختلفـة باعتبـاره ضرورة تؤمـن بهـا مختلـف الاتجاهـات القانونيـة الدولية.

لذلـك يذهـب بعـض الفقه الى ان طابع العمومية مسـتمد مـن الاعتراف بها من جانـب التشريعـات الوطنيـة لمعظـم الـدول مهـما كانـت طبيعة النظـام القانـوني الذي تنتمـي اليه [1].

الا ان اعتـماد ذلـك الـرأي في تحديـد معنـى القواعـد العامة يثـير في ذات الوقت جملـة مـن الصعوبـات في إثبـات وجـود مبـدأ عـام، للاحتجـاج بـه في حماية الاسـتثمار الأجنبـي، وهـذه الصعوبات تتمثـل في الآتي:

1 - مـا النظـم القانونيـة الدوليـة التـي يتعـين أن يكـون المبـدأ معترفـاً بـه فيهـا، وهـل تقتـصر عـلى النظـم الدولية الحديثـة، أم كافـة النظم القانونيـة التي تجد لهـا تطبيقـاً بشـكل أو آخر.

2 - عـدد النظـم القانونيـة التـي يجب أن يحصـل بينها التوافـق لغرض الاعتراف بوجـود مبـدأ قانـوني عـام، وهل يشـترط أن يكون هنـاك إجماع بـين كافة النظم القانونيـة الدولية ؟ [2].

---

(1) - د. محمد سعيد الدقاق - القانون الدولي " المصادر، الاشخاص " - الدار الجامعية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1983 - ص 223.

(2) - لتفاصيل تلك الصعوبات، يُنظر

Michael D. Nolan - Issues of proof of general principles of law in international arbitration - World arbitration & Mediation Review - Volume 3 - No 4,5 - 2009 - p509 - 514.

ومـع ذلـك فقـد أدت المبـادئ العامـة دورا مهـماً في حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، حيـث التجـأت إليهـا محاكـم التحكيـم في الكثـير مـن الأحيـان، فقـد تـم الاسـتناد إليها لاسـتبعاد القانـون المحـلي مـن التطبيـق في سـبيل تعزيـز حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي بدعـوى إن القانـون المحـلي لا ينسـجم مـع التطـورات الحديثـة في هـذا المجـال.

ففـي النـزاع الـذي أثـير بـين شـيخ إمـارة أبـو ظبـي وشركـة اسـتثمار نفـط أبـو ظبـي المحـدودة، بَـين اللـورد (Asquith) المحكم الوحيـد في النزاع بأنـه لا يوجد قانون لأمـارة أبـو ظبـي يتـلاءم مع العلاقـات الاقتصاديـة الحديثة، وانـه ارتأى تطبيـق المبادئ المسـتخلصة مـن الفهـم الواعي والشـائع في الممارسـات العامة للـدول المتمدينة بوصفه يمثـل القانـون الحديث [1].

ويُعتـبر اللجـوء إلى المبـادئ العامـة للقانـون التـي أقرتهـا الأمـم المتمدينـة أو المتحـضرة مـن بين أهم الوسـائل التـي اعتمدها القانـون الدولي لغرض اسـتبعاد تطبيق القوانـين الداخليـة في الدولـة المضيفـة للاسـتثمار والتـي يتـم تشريعهـا بهـدف الإضرار بالمسـتثمرين الأجانـب، بحيـث تعمـل المبـادئ العامـة المعـترف بهـا مـن قبـل الأمـم المتحـضرة كقاعـدة تصحيحيـة للقواعـد المحليـة التـي تتقاطـع مـع المعايير الدوليـة [2]، حيـث يُسـتبعد القوانـين المحليـة من التطبيـق إذا كانت تتعارض مع القانـون الدولي أو تنتهكـه، وقـد اسـتدلت إحـدى المحاكم بمـا قررته محكمـة التحكيم في قضيـة النزاع بين الخطـوط الجويـة العراقيـة والخطوط الجوية الكويتية بشـأن صدور تشريـع في العراق نقـل بموجبـه ملكيـة الخطـوط الجويـة الكويتيـة إلى الخطـوط الجويـة العراقية، حيث اعتـبرت المحكمـة التـي نظـرت الموضوع إن القانـون العراقـي المحلي باعتبـاره جزءً من القانـون الواجـب التطبيـق يشـكل انتهـاكاً صارخـاً للقانون الـدولي [3].

(1) - محمد يونس الصائغ - مصدر سابق - ص 188.

(2) - Charles Kotuby - general principles of law in international due process and the modern role of private international law - Duke Journal of comparative & international law - Vol 23 - 2013 - p415.

(3) - تمت الإشارة إلى هذا الاستدلال في قضية (World Duty Free Company Limited) ضد كينيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 00 / 7بتاريخ 6 / تشرين الأول / 2006 - الفقرة 172.

وتذهب المبادئ العامة للقانون في تهذيب القواعد المطبقة على النزاع بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة إلى استبعاد حتى الأعراف المحلية إذا كانت تتعارض مع القانون الدولي، ففي عام 1989 اتفقت شركة بريطانية مع الحكومة الكينية لإنشاء وتشغيل السوق الحرة في مطارات نيروبي وممباسا، بعدها قامت الحكومة بمصادرة أصول الشركة وإلغاء امتيازاتها المقررة في عام 1989، وقد ادعت كينيا بأن العقد أحيل على الشركة لتقديمها رشوة بمبلغ مليوني دولار إلى الرئيس الكيني السابق، ولم تنكر الشركة تقديمها هذا المبلغ إلى الرئيس " موي" الذي كان يعتقد انه عمل قانوني باعتبارها ممارسة معتادة تدعمها الجذور الثقافية لنظام " هارامبي" [1] السائد في كينيا، الذي يجمع التبرعات الخاصة للأغراض العامة، وقد لاحظت المحكمة إن الرشوة أو استغلال النفوذ يمثل جريمة يُعاقب عليها القانون الجنائي في اغلب، إن لم يكن جميع الدول ومن بينها القانون الكيني الصادر عام 1956، وهو يمثل مبدأ عاماً ولايمكن أن يتم الاستناد إلى العرف المحلي لمخالفة القانون الدولي[2].

ومن المبادئ التي أخذت بها محاكم التحكيم لتسوية النزاعات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، مبدأ حسن النية، ففي قضية (Merrill & Ring Forestry LP) بينت محكمة التحكيم " إن حسن النية وعدم التعسف تمثل بلا شك تعبيراً عن المبادئ العامة للقانون، وليس للمحكمة أن تتجاهل تلك الالتزامات الأساسية في القانون الدولي "[3].

(1) - يُقصد بنظام هارامبي التضامن الاجتماعي.

(2) - قضية (World Duty Free Company Limited) ضد كينيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 00 / 7 بتاريخ 6 / تشرين الأول / 2006 - الفقرات 110 و 120و134.

(3) - قضية (Merrill & Ring Forestry LP) ضد كندا والتي تم التحكيم فيها من قبل محكمين طبقا لقواعد الاونسترال - صدر الحكم بتاريخ 31 / آذار / 2010.

وتعتبر نظرية عدم التعسف في استعمال الحق من النظريات التي ساعدت على تطور قواعد المسؤولية الدولية، فهي وان كانت نُقلت من القوانين الداخلية الى القانون الدولي، فقد اصبحت من المبادئ العامة للقانون الدولي [1].

وفي قضية أخرى أشارت المحكمة إلى إن المدعي قد انتهك عدداً من المبادئ العامة للقانون، حيث انتهك المبدأ الأسمى وهو حسن النية في العلاقات التعاقدية الذي يوجب عدم ممارسة الغش والاحتيال في التفاوض وعند تنفيذ العقد، وخرق مبدأ عدم جواز الانتفاع من عمل غير قانوني، ومبدأ الإثراء دون سبب[2].

وفي قضية (Waste Management, Inc)، أشارت محكمة التحكيم إلى مبدأ (حجية الأمر المقضي به) واعتبرته من المبادئ الملزمة لطرفي النزاع [3].

وكما تؤدي المبادئ العامة للقانون دوراً مهماً في حماية الاستثمار الأجنبي، فأنها في المقابل تمارس دوراً كبيراً في ضبط تطابق الاستثمارات مع القوانين الوطنية للبلد المضيف لغرض شمولها بالحماية الموضوعية والإجرائية المقررة في القانون الدولي.

فإذا اشتملت اتفاقية الاستثمار الثنائية على شرط أن يتم الاستثمار وفقاً لقوانين الدولة المضيفة حتى يكون مشروعاً، ثم تمتعه بمزايا الحماية الدولية سواء منها الاتفاقية أو العرفية[4]، فأن عدم وجود مثل هذا النص في الاتفاقية لا يعني

(1) - د. وريا خمو درويش - مسؤولية الدولة الجنائية - منشورات دار المعرفة - بيروت - ص 226.

(2) - قضية (Inceysa Vallisoletana) ضد السلفادور التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 26 بتاريخ 2 / آب / 2006 - الفقرات 231 و 242.

(3) - قضية (Waste Management, Inc) ضد المكسيك - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB (AF) / 00 / 3 - بتاريخ 26 / حزيران / 2002 - الفقرة 38 وما بعدها.

(4) - من قبيل ماورد في اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق وألمانيا لعام 2010، حيث نصت في المادة التاسعة (تنطبق هذه الاتفاقية على الاستثمارات.. والمتناغمة مع تشريعات وقوانين تلك الدولة).

قطعاً شمول الاستثمارات التي تتم بالمخالفة لقوانين الدولة المضيفة بالحماية الموضوعية والإجرائية، وقد تم الاستناد في عدة أحكام الى رد مطالبات المستثمرين الذين تمت استثماراتهم دون مراعاة القوانين والتشريعات النافذة في الدولة المضيفة، وذلك استناداً الى بعض المبادئ العامة في القانون.

ومنها قضية (plama Consortum Ltd) اذ وجدت محكمة التحكيم أن معاهدة ميثاق الطاقة وان لم تتضمن شرطاً بمطابقة الاستثمار لقانون معين، فأن ذلك لا يُشير إلى شمول الحماية المقررة في الميثاق لجميع الاستثمارات بما في ذلك التي تمت خلافاً للقانون المحلي والدولي [1]، وكان استدلالها قائماً على مخالفة المدعي لمبادئ حسن النية في التعاقد [2]، وبينت المحكمة إن على " الأطراف التفاوض وإبرام العقد بحسن نية " [3].

وفي قضية (Inceysa) حصل المستثمر على عقد فحص المركبات في السلفادور عن طريق الاحتيال في عملية تقديم العطاءات العامة، وقد وجدت محكمة التحكيم إن الاستثمار انتهك مبدأ من المبادئ العامة للقانون وهو حسن النية الذي يعني عدم المخادعة والاحتيال عند التفاوض وفي كافة مراحل التعاقد " [4].

(1) - قضية (Plarna Consortium Limited) ضد جمهورية بلغاريا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 24 - بتاريخ 27 / آب / 2008.

(2) - الفقرة 104 من القضية

(3) - الفقرة 134 من القضية.

(4) - قضية (Inceysa Vallisoletana S.L) ضد السلفادور - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 26 - بتاريخ 2 / آب / 2006.

وفي قضيـة (Gustav F. W Hamester GmbH & Co KG) بينـت محكمـة التحكيـم " إن الاسـتثمار لـن تتـم حمايتـه إذا كان قـد تـم إنشـاؤه انتهـاكاً للمبـادئ العامـة للقانـون ومنها حسـن النية، كأن تتم عن طريق الفسـاد أو الاحتيال أو السـلوك المخـادع " [(1)].

ولايقتـصر عـدم تمتع الاسـتثمارات التي تتم بخلاف مبـادئ العامة للقانون ومنها مبـدأ حسـن النيـة على الحمايـة الموضوعية، وإنما يشـمل كذلك الحمايـة الإجرائية، من خـلال اسـتبعاد النظر في دعوى المسـتثمر الـذي يخالف هذا المبدأ مـن اختصاص المركز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، ففـي قضيـة (Phoenix) بينت محكمـة التحكيم " إن الغـرض مـن وجـود الآليـات الدوليـة لتسـوية المنازعـات عـن طريق المركـز الدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار لا يمكـن أن يكون محـلاً للتحكيم لحماية اسـتثمارات تمت انتهـاكاً لقوانـين الدولـة المضيفـة، أو لاسـتثمارات لم تتـم بحسـن نيـة، كأن تتـم عـن طريـق التمويـه أوالتحريـف أو الفسـاد، وإنمـا الغـرض مـن الحماية الدوليـة هو حماية الاسـتثمارات القانونية " [(2)].

وينبغـي أن يُفـسر هـذا الـشرط بأنه ينطبق على حد سـواء على أي آلية لتسـوية المنازعـات تنـص عليهـا اتفاقيـة الاسـتثمار المعمـول بها، سـواء مـن خلال المركـز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار ICSID أو غيرها [(3)].

(1) - قضية (Gustav F W Hamester Gmbh & Co KG) ضد غانا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 24 / 07 / ARB - بتاريخ 18 / حزيران / 2010 - الفقرة 123.

(2) - قضية (Phoenix action LTD.) ضد جمهورية التشيك - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم5 / 06 / ARB - بتاريخ 19 / نيسان / 2009 - الفقرات 100و101.

(3) - - Rahim Moloo& Alex Khachaturian - The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law - Fordham International Law Journal - Volume 34 - Issue 6 - 2011 - p 1488.

ويجـد البعـض إن المحاكـم قـد انحـازت كثـيراً في أحكامهـا المسـتندة للمبـادئ العامـة لمصلحـة حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي عـلى حسـاب مصلحـة الدولـة المضيفـة، ويعلـل ذلـك بـأن نظـام التحكيم الحـالي يميل إلى حماية الاسـتثمارات الأجنبيـة بدلاً من إقـرار المعايـير التـي تحقـق مصلحـة الـدول المضيفـة، وخاصـة الـدول الناميـة [1].

(1) - M. Sornarajah - ibid - p 86.

المطلب الرابع

القضاء والفقه

اذا مـا اسـتثنينا النظـام القانـوني الانكليـزي الـذي يعتـبر السـوابق القضائيـة من مصـادر القاعـدة القانونيـة الأصلية، فـأن اغلب النظـم القانونية الأخرى تعتـبره مصدراً مسـاعداً اوتفسـيرياً، وفي إطـار القانـون الـدولي يكـون له هـذه الصفة.

فالمحاكـم الدوليـة لا تلتـزم بمـا سـبق أن قررته هـي ذاتها أو غيرها مـن المحاكم، بـل إن محاكـم التحكيـم الدوليـة لا تلتـزم حتـى بمـا تقـرره محكمـة العـدل الدوليـة، ففـي قضيـة (CMS) ضـد الأرجنتـين، أشـارت المحكمـة بوضـوح إلى عـدم اتفاقهـا مـع ماقدمتـه محكمـة العـدل الدولية من تفسـير بشـأن حماية حقوق المسـاهمين في قضية برشـلونة تراكشـن [1]، وقضيـة ELSI لأنهـا جـاءت وفقـاً للقانـون الـدولي العـرفي وليس وفقـا لاتفاقيـات حماية الاسـتثمار [2].

وهـو أيضـا مـا ذهبـت إليـه محكمـة التحكيـم بصـدد التفسـيرات التـي قدمتها المحاكـم لعبـارة " المعاملـة العادلـة والمنصفـة " بأنها " غير ملزمة بمثل هذه التفسـيرات السـابقة " [3]، ويزخـر التحكيـم في قضايـا الاسـتثمار بالعديد مـن الامثلة [4].

(1) - سنتعرض لبيان تفاصيل القضية لاحقاً.

(2) - قضية (CMS) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 01 / 8 بتاريخ 25 / أيلول / 2007 - الفقرة 69.

(3) - قضية (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, and Vivendi Universal S.A.) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 19 بتاريخ 30 / تموز / 2010 - الفقرة 189.

(4) - Alain Pellet - The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration - ICSID Review - Vol. 28 - No. 2 - 2013 - p 236.

وعـلى الرغـم مـن ذلـك، فـأن السـوابق القضائية تخلـق نمطـاً معيناً يُمثل أساسـا للاسترشـاد بهـا بمـا يحقـق اعتبـارات العدالـة، من قبيـل الحـالات المتشـابهة التي يجب أن يتقـرر لهـا نفـس الحكـم عـلى حـد سـواء، مالم يكـن هناك مبرر قـوي لتمييـز الحالة من سـابقاتها [1].

حيـث يمكـن للمحكمـة الاسترشـاد بمـا سـبق ان قدمتـه المحاكـم مـن تفسـيرات بشـأن معين، حيـث وجـدت محكمـة التحكيـم إن " التفسـير الـذي قدمتـه محكمـة العـدل الدوليـة في قضيـة ELSI وتفسـير محكمـة التحكيـم في قضيـة Pope & Talbot ضـد الأرجنتـين يمكـن أن يكـون مفيـداً لهـذه المحكمـة في مهمتها لتفسـير معنـى عبارة " تعسـفي" [2].

ومـما تجـدر الإشـارة إليـه إن فقه قضـاء التحكيـم في إطار المركز الدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، مـازال متردداً بشـأن العديد من المسـائل المهمة بحماية الاسـتثمار الأجنبـي، مثـل المطالبـات الناشـئة عـن الاتفاقيـات وتلـك الناشـئة عـن العقـود، وقيمة شرط المظلـة، والآثـار المترتبـة عـلى التوقعـات المشروعـة للمسـتثمرين وتطبيـق شرط الدولـة الأولى بالرعايـة في مسـائل تسـوية المنازعات، بالإضافـة إلى التطبيقات المتعارضة لقضايـا مماثلـة، ولنفـس الدولـة المدعـى عليهـا، كما هـو الحال عليـه بالنسـبة لتطبيق حالـة الـضرورة عـلى ماحصـل في الأرجنتـين[3]، وقـد اقـترح بعضهـم حـلا لهذه المشـكلة أن يتـم تشـكيل لجـان للاسـتئناف، ولكـن هذا المقترح سـيخلق مشـاكل مختلفـة، لذلك تـم التخلي عنـه [4].

(1) - Alain Pellet - ibid - p 227.

(2) - قضية (AZURIX CORP) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 01 / 12 بتاريخ 14 / تموز / 2006 - الفقرة 391.

(3) - سيتم عرض تلك الموضوعات بتفصيل أكثر في موردها من هذا البحث.

(4) - Gilbert Guillaume - The Use of Precedent by international Judges and Arbitrators - Journal of International Dispute Settlement - Vol. 2 - No. 1 - 2011 - p 17.

اما دور الفقه فنجد ان كتابات كبار الفقهاء لاتخلق اية قواعد قانونية دولية، بل تساعد اشخاص القانون الدولي العام والقضاء الدولي على التعرف على هذه القواعد، وخاصةً القواعد العرفية [1]، حيث ان مهمة الفقيه هي البحث في اصل القاعدة القانونية ومدى قواتها الملزمة ونطاق تطبيقها على الاشخاص القانونية وسريانها من حيث الزمان والمكان والاثار المترتبة على مخالفتها، النتائج المترتبة على تنفيذها، وعما اذا كانت تستمد قوتها الملزمة من العرف الدول او من المعاهدات، وتطبيقات القضاء وموقف الدول منها [2].

ونجد ان الفقه في القانون الدولي لا يقوم على اكتاف الافراد فقط، وانما يقوم على الجهود المشتركة التي تبذلها الجمعيات والهيئات العلمية [3]، وقد تبين بوضوح اثناء العرض التاريخي لتطور قواعد حماية الاستثمار الاجنبي تلك الجهود التي بذلتها هذه الجمعيات والهيئات في وضع وتطوير قواعد الحماية ووضع مشروعات لأتفاقيات دولية اصبحت المادة الاساسية للعديد من الاتفاقيات اللاحقة.

(1) - د. عبد العزيز رمضان الخطابي - اسس القانون الدولي المعاصر - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - سنة الطبع 2014 - ص 202 - 203.

(2) - د. سهيل حسين الفتلاوي - الموجز في القانون الدولي العام - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الطبعة الثانية - سنة الطبع 2011 - ص 111 - 112.

(3) - د. محمد المجذوب - القانون الدولي العام - منشورات الحلبي الحقوقية - سنة الطبع 2003 - ص 117.

الفصل الثاني
نطاق حماية الاستثمار الأجنبي
في القانون الدولي

بعد أن بينا مفهوم حماية الاستثمار الأجنبي، وأوضحنا قواعده المقررة في القانون الدولي، فأنه من اللازم تحديد نطاق الحماية الذي تتحرك فيه تلك القواعد، ذلك إن لكل نظام قانوني نطاقه الذي تكون فيه قواعده فاعلة، والتي يكون بالإمكان تطبيقها، حيث يمثل النطاق في النظام القانوني مجال الإمكان والوجود والفاعلية.

وتبرز أهمية تحديد نطاق حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي لمعرفة حدود الاستثمارات المشمولة بالحماية وطبيعتها وأنواعها، وكذلك فئات المستثمرين الذين يمكن لهم أن يستفيدوا من مزايا هذه الحماية، بالإضافة إلى بيان الحدود الزمانية والمكانية للحماية.

ومن دراسة نطاق حماية الاستثمار الأجنبي سوف يتبين مدى التطور والاتساع الذي شهدته مجالات الحماية في القانون الدولي، فلم يبق مستوى الحماية عند حدود ثابتة، وإنما شهد ارتفاعاً في مستواه وتوسعاً في مداه.

وفي هـذا الصـدد نشـير إلى إن قواعـد ومعايـير حماية الاسـتثمار الأجنبـي المقررة في القانـون الـدولي العـرفي، تكون في بعض نطاقات الحماية أوسـع مـن القواعد والمعايير المقـررة في القانـون الـدولي ألاتفاقـي، وخاصـة فيما يتعلـق بالنطاق الزمـاني والمكاني، إذ إنهـا في الغالـب ذات صفـة عالميـة لا يحدهـا إقليـم وقابلـة للتطبيـق في أي زمـان حتى تتبـدل أو تحـل محلها قاعـدة أخرى.

بينـما نجـد إن القواعـد الدوليـة الاتفاقية في نطاقات أخرى سـاهمت في توسـيع مـدى الحمايـة عما هو مقرر في القانون الدولي العرفي ومنها توسـيع فئات الاسـتثمارات المشـمولة بالحمايـة، التـي ضاق عن وسـعها القانون الـدولي العرفي، وسـيتضح ذلك كله في هـذا الفصل الذي سـوف نقسـمه عـلى اربعة مباحـث وفقاً للاتي:

- المبحث الأول: النطاق الشخصي لحماية الاستثمار الأجنبي
- المبحث الثاني: النطاق المادي لحماية الاستثمار الأجنبي
- المبحث الثالث: النطاق الزماني والمكاني لحماية الاستثمار الأجنبي
- المبحـث الرابـع: امتـداد نطـاق حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي بموجب اشـتراط اتفاقي

المبحث الأول

النطاق الشخصي لحماية الاستثمار الأجنبي

يـراد بالنطـاق الشـخصي تحديـد الأشـخاص الطبيعيـين والمعنويين الذيـن ينطبق عليهـم مفهـوم المسـتثمرين، وبالتالي شـمولهم بمزايا الحماية المقـررة في القانون الدولي.

- المطلب الأول: المستثمر الأجنبي المشمول بالحماية في القانون الدولي.
- المطلـب الثـاني: حملـة الأسـهم ومـدى انطبـاق ذلـك الوصـف عليهـم وشـمولهم بالحمايـة الدوليـة.

المطلب الأول

المستثمر الأجنبي

يُعرف المستثمر الأجنبي بأنه " الشخص القائم بالعملية الاستثمارية والذي يحمل جنسية تختلف عن جنسية الدولة المضيفة للاستثمار " [1].

وغالباً ما يرد تعريف للمستثمر في اتفاقيات الاستثمار الدولية، فقد ورد في اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق وألمانيا بأن " مصطلح المستثمر يقصد به مايلي:

أ - فيما يتعلق بجمهورية العراق:

1 - أي شخص طبيعي حامل للجنسية العراقية بموجب القوانين العراقية السائدة.

2 - أي جهة قانونية تتخذ من جمهورية العراق مقراً لها وفق القوانين النافذة في العراق.

ب - فيما يتعلق بجمهورية ألمانيا الاتحادية:

1 - المواطنون الألمان بموجب القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية.

2 - أية جهة قانونية، شركة أو مؤسسة تحمل الصفة القانونية أو لا تحملها، وتتخذ من جمهورية ألمانيا الاتحادية مقراً لها، وبغض النظر عن فيما إذا كانت أنشطتها ربحية أو لا[2].

---

(1) - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010 - ص 49.

(2) - المادة الأولى / الفقرة 3 من الاتفاقية.

وعليـه يكـون قـوام النطـاق الشـخصي في حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي هـو وجود رابطـة بـين المسـتثمر الأجنبـي وبـين دولتـه، وهـي رابطة الجنسـية التـي تُعـرف بأنها " رابطـة قانونيـة تقـوم في أساسـها عـلى واقـع ارتباط اجتماعـي وعلى تضامـن حقيقي في الوجـود والمصالـح والمشـاعر مقرونـة بتبـادل للحقوق والواجبـات " [1].

ويعتـبر مبـدأ اختصـاص الدولـة في تحديـد مـن يعتـبر مـن رعاياهـا مـن المبادئ المسـتقرة في القانـون الـدولي، وهـو مـا أيدتـه محكمـة العـدل الدولية الدائمـة بأنه " في الحالـة الراهنـة للقانـون الدولي تندرج مسـائل الجنسـية من حيث المبـدأ ضمن المجال المحفـوظ للدولة " [2].

وتـبرز أهميـة الجنسـية بشـكل أسـاسي عنـد تطبيـق القواعـد المتعلقـة بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، فعـلى أسـاس ثبوتهـا للمسـتثمر يتمتـع بحمايـة الاتفاقيـة الثنائيـة التـي تبرمهـا الدولـة التـي يرتبـط بهـا بتلـك الرابطـة في مواجهـة الدولـة التـي يسـتثمر فيهـا، كـما إن إمكانيـة نظـر النـزاع من جهـة قضائيـة دولية، تكمـن في تحديد جنسـية القائم بالاسـتثمار.

ولا تعتـبر الجنسـية الرابطـة الوحيـدة بـين الدولـة والشـخص الطبيعـي لغـرض اعتبـاره مسـتثمراً وفقـاً لهـا، وإنما بالإضافة للجنسـية أخـذت بعض اتفاقيات الاسـتثمار الدوليـة برابطـة الإقامـة لهـذا الغـرض، ومنها ما أخذت بـه معاهدة ميثـاق الطاقة التي تنـص " شـخص طبيعـي يتمتـع بالمواطنة أو بجنسـية أو كان مقيماً باسـتمرار لدى ذلك الطـرف المتعاقـد طبقـاً لقانونه " [3].

---

(1) - أحكام محكمة العدل الدولية - قضية (nottepom) - الحكم الصادر بتاريخ 18 / تشرين الثاني / 1953.

(2) - تقارير محكمة العدل الدولية الدائمة - تقارير سنة 1923 - قضية مراسيم الجنسية بين المغرب وتونس.

(3) - المادة (1 / 7 / أ) من معاهدة ميثاق الطاقة التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 16 / نيسان / 1998.

أمـا بشـأن المسـتثمر المعنـوي، وتحديـداً الـشركات، فقـد اختلفـت المعايـير التي تـم الأخـذ بهـا لتحديـد جنسـيتها، وهـذه المعايـير هي:

1 - معيار التأسيس:

وفقـاً لهـذا المعيـار يكـون للشركـة جنسـية الدولـة التـي تـم تأسيسـها وفقـاً لقوانينهـا، وهـذا المعيـار يقيـم العلاقـة بـين الدولـة والشركة عـلى أسـاس إن قانون تلك الدولـة هـو الـذي خلـق شـخصيتها القانونيـة.

وقـد أخذت بهذا المعيار اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمار بـين العراق وأرمينيا التـي عرفـت المسـتثمر بأنـه " أي كيـان معنـوي يتـم تأسيسـه وفقـاً لقانـون وتعليمات ذلك الطـرف المتعاقد"[1].

ويتميـز هـذا المعيـار بطابـع الثبـات والاسـتقرار، إذ إن مـكان التأسـيس معيـار مـادي محـدد مـن السـهل معرفتـه، وهـو لا يتغـير، ومن ثم فـأن الأخذ به من شـأنه أن يوفـر الطمأنينـة اللازمـة في المعامـلات المتصلة بالـشركات [2].

ويضفـي هـذا المعيـار ميزة واضحـة فيما يتعلـق بحماية الاسـتثمار الأجنبي عند اعتـماده في اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة، تتمثـل في إن قوانـين الدولـة التـي يتـم عـلى أساسـها تسـجيل الـشركات، يتوقـف عليهـا تحديـد الـشركات التـي ترغـب في أن يتـم تسـجيلها فيهـا، وبالتـالي امتـداد مزايـا الحمايـة إليهـا، كـما إن لها أن ترفض تسـجيل أي شركـة لا ترغـب في امتـداد مزايـا الحمايـة إليهـا.

(1) - المادة (1 / 2 / ب) من الاتفاقية، ومما يجدر ذكره إن الاتفاقية في الفقرة التي بعدها عند تعريفها للشركة أخذت بالمعيار المزدوج فاعتبرتها أي كيان قانوني موسس بموجب قوانين الطرف المتعاقد أو يمتلكها أو يسيطر عليها بصورة فعالة من قبل مستثمري الطرف المتعاقد ".

(2) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2006 - ص 30.

إلا إن مـا يعيـب هـذا المعيـار اعتـماده، في بعـض الحـالات، عـلى علاقـة هشـة وضعيفـة بـين المسـتثمر ودولـة الجنسـية، وعـادةً مـا تسـتعمله عـدة شركات يتـم تأسيسـها في مـا يعـرف بــ "الجنّـات الضريبيـة" مثل بعـض الأقاليـم في جزر الباسـيفيك وذلـك للتهـرب مـن الالتزامـات الضريبيـة [1].

أو أن يكـون الغـرض مـن التأسـيس في دولـة معينة فقـط لأن قوانينها لا تسـمح بممارسـة النشـاط إلا للشركات المسجلة فيها.

2 - معيار مركز النشاط:

حـاول هـذا المعيـار تلافي عيـوب المعيار السـابق، وذلك من خـلال اعتماد وجود صلـة حقيقيـة بـين الشركة والدولـة التي يجب أن تتمتع بجنسـيتها، وهـذه الصلة تقوم عـلى تحديـد مكان نشـاط الشركة الذي يُعـبر بوضوح عن كيانهـا ومصالحها.

ولكـن يثـير معيـار مركـز النشـاط العديـد مـن الصعوبـات، كـما لـو كان للشركة عـدة مراكـز للاسـتغلال أو لممارسـة النشـاط تتسـاوى في أهميتهـا، بحيـث يَصعـب تحديـد الدولـة التـي يمكـن اعتبـار نشـاط الشركـة فيهـا رئيسـياً، وهـذا شـأن الكثـير مـن الـشركات الكـبرى التـي تقـوم باسـتغلال آبـار البـترول في دول متعـددة، بالإضافـة إلى ذلـك، قـد لا يسـتقر نشـاط الشركـة في دولـة واحـدة، بـل تتـوالى ممارسـتها لهـذا النشـاط مـن دولـة لأخـرى، كـما هـو الحـال بالنسـبة إلى الـشركات التـي تقـوم بإنشـاء وصيانـة الطـرق، وهـو مـا يجـرد المعيـار المقـترح مـن الاسـتقرار في تحديـد رابطـة الجنسـية [2].

(1) - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010 - ص 54.

(2) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 31.

3 - معيار الرقابة:

وفقاً لمعيار الرقابة فأن الشركة تُعتبر أجنبية متى كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية، سواء من حيث الأموال المُستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية، حتى لو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم الوطني [1].

ويسمح معيار المراقبة من التثبت أن العلاقة وطيدة بين المستثمر ودولته سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية، إلاّ إنه صعب التطبيق احياناً نظرا لأنه يستوجب التثبّت من جنسية جميع الأشخاص الطبيعيين المساهمين في رأس مال الشركة ويتعقّد الأمر أكثر عندما يساهم أشخاص معنويون في رأس المال الشركة وتكون بالتالي المراقبة غير مباشرة، وفي بعض الأحيان يجب الرجوع إلى عدة مستويات لمعرفة الأشخاص الذين يسيطرون على الشركة، وبالتالي على الاستثمار[2].

4 - معيار مقر الإدارة الرئيسي:

ويقوم هذا المعيار على أساس مادي هو وجود المقر الرئيسي للشخص المعنوي، المتمثل في بوجود المدير المفوض ومجلس إدارة الشركة والهيئة العامة والإدارة المالية والفنية وغيرها.

وأخذت بهذا المعيار اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق وألمانيا عندما عرفت المستثمر" أي جهة قانونية تتخذ من جمهورية العراق مقراً لها وفقاً للقوانين النافذة في العراق " [3].

(1) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 31.

(2) - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010 - ص 55.

(3) - المادة (الأولى / 3 / 2) من الاتفاقية

5 - معيار جنسية المساهمين

ويقوم هذا المعيار على أساس جنسية الشخص المساهم في الشركة، أي انه في هذه الحالة تتبع جنسية الشخص المعنوي لجنسية الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المساهمين فيه، ويؤخذ في هذا الخصوص بجنسية الأغلبية من المساهمين إذا اختلفت جنسياتهم.

وما يؤخذ على هذا المعيار إنكاره الوجود القانوني المستقل للشخص الاعتباري، وهذا يخالف ما استقر عليه في الفقه القانوني من إن الشخص الاعتباري إذا نشأ، كانت له شخصيته القانونية المستقلة وذمته المالية المتميزة عن ذمة أعضائه، كما إن هذا المعيار يبدو عديم الجدوى بخصوص الأشخاص الاعتبارية التي يغلب عليها تجميع الأموال لا الأشخاص، مثل شركات المساهمة [1].

(1) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 30.

المطلب الثاني

حملة الأسهم

يثير موضوع حماية حملة الأسهم، جملة من الإشكاليات، تتعلق بتحديد الدولة التي يحق لها المطالبة بالأضرار التي تلحق بهم، وإمكانية قيامهم بالمطالبة المباشرة لغرض استيفاء حقوقهم، والحالات التي يحق لهم فيها ذلك، وكيفية المطالبة في حالة تسبب الدولة التي تحمل الشركة جنسيتها بالإضرار بهذه الشركة، كأن تقوم بمصادرة أصولها.

فأنه وفقاً لقواعد القانون الدولي التقليدية لا يمكن أن تقوم أي دولة أجنبية بتقديم مطالبة لمصلحة الشركة، اذا كانت الشركة من رعايا تلك الدولة، وعليه فأن المساهمون الاجانب في هذه الشركة سوف يكونون تحت رحمة قانون تلك الدولة، دون أن تتوفر لديهم وسيلة للانتصاف سوى ما يقرره ذلك القانون المحلي، والذي من المحتمل أن لا يتضمن أي وسيلة انتصاف متاحة، أو إن الشركة قد تم تصفيتها دون معالجة قانونية لمصالح المستثمرين فيها، وما إلى ذلك.

سنبحث هذا الموضوع من خلال دراسة بعض أحكام محكمة العدل الدولية التي تناولت ذلك الموضوع، ثم ما قررته لجنة القانون الدولي في مشروعها المتعلق بالحماية الدبلوماسية، وأخيرا في إطار أحكام واتفاقيات الاستثمار الدولية.

أولا: محكمة العدل الدولية

في أحكام محكمة العدل الدولية توجد قضيتان رئيستان تناولتا هذا الموضوع، وكانتا محور اهتمام الدراسات بشأنه، الأولى قضية برشلونة تراكشن، والثانية قضية اليكترونيكا سيكولا.

ففـي قضيـة شركـة برشـلونة تراكشـن [1] قـررت المحكمـة بـأن الحق في ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية عـن الـضرر الـذي يلحـق بالشركـة، إنمـا يكـون للدولـة التـي تـم تأسيسـها فيهـا، وليـس للدولـة أو لـدول حملـة الأسـهم [2].

وبينـت المحكمـة إن " شركـة برشـلونة " شركـة محدودة المسـؤولية تمثل الأسـهم رأسـمالها، ويكـون في هـذا النوع مـن الشركات تمييـز واضح بين الشركة وحملة الأسـهم، وفي حـال حصـول ضرر لأحـد المسـاهمين، نتيجـة ضرر يصيـب الشركـة، فـأن للشركـة وحدهـا اتخـاذ إجـراء عن ذلك، وعبرت المحكمـة بالقول " إذا كان ثمـة كيانان منفصلان قـد عانيـا مـن نفـس الـضرر فـأن كيانـاً واحـداً هو الـذي وقـع التعـدي عـلى حقوقه "، ولا يكـون لحملـة الأسـهم الحـق بصـورة مسـتقلة اتخـاذ أي إجـراء، إلا في الحالـة التـي يكـون الفعـل المشـكو منه قـد انصب مباشرة على حقوق حملة الأسـهم، وقد أسـتندت المحكمـة في هـذا التمييـز بين الشركة وحملة الأسـهم على أسـاس القانـون المحلي وليس الدولي [3].

ان محكمـة العـدل الدوليـة اقامـت حجتهـا في إن لدولـة التأسـيس دون دول حملـة الأسـهم الحـق في ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية، عـلى عـدة اعتبـارات، أولها إن المسـتثمرين مـن حملـة الأسـهم في الشركات الأجنبيـة ينبغي أن يدركـوا وجود عدد من

(1) - شركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة، تأسست عام 1911 في كندا، ومارست اعمالاً تجارية في اسبانيا، وبعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، أصبح ما نسبته 88% من رأسمال الشركة يملكه مواطنون بلجيكيون، وقد قامت السلطات الاسبانية باتخاذ عدة إجراءات وتدابير ضد الشركة أدت إلى انهيارها، وفي ضوء ذلك قامت بلجيكا، باعتبارها دولة الجنسية لأغلبية حملة الأسهم برفع دعوى ضد اسبانيا للمطالبة بالتعويض، وقد اعترضت اسبانيا على ذلك، باعتبار إن الشركة تحمل الجنسية الكندية، فلا يجوز لبلجيكا ممارسة الحماية الدبلوماسية.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - الفقرات 70 و88.

(3) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - الفقرات 40 - 44.

المخاطـر، مـن بينهـا المجازفـة بـأن الدولـة التـي أُسسـت فيهـا الشركـة ترفض ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية لمصلحتهـم، الثـاني، السـماح لدول جنسـية حملة الأسـهم بتقديم المطالبـة الدوليـة عنهـم، قـد يـؤدي إلى تعـدد المطالبـات، وخاصـة في حالـة الـشركات الكبـيرة، التـي تضـم في أحيـان كثـيرة مسـاهمين مـن دول متعـددة[1].

ورغـم إن أصـل الحكـم لم يمنـح حـق ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية لمصلحـة حملـة الأسـهم إلا انـه لم يخـلُ مـن إشـارات واضحـة إلى إن الإنصاف يقتـضي قبول هذا الحـق بالمطالبـة، وهـذا مـا يؤيـد الفكرة بـأن حماية حقـوق المسـتثمرين الأجانب هي أولى بالاهتـمام والتقديـم عـلى مسـائل إجرائيـة تتعلـق بكيفية ممارسـة حـق الحماية، إذ ليـس مـن المقبـول في أي حـال أن يتـم إغفـال الحقوق.

ومـن بـين مـا أشـارت إليه المحكمـة في هـذا الخصـوص " إن اعتبـارات الإنصاف لا تتطلـب أكـثر مـن قيـام دولـة حاميـة بالتدخـل، سـواء كانـت هـي دولـة الجنسـية للشركـة، وذلـك بحكـم القاعـدة العامـة، أم دولـة الجنسـية لحملـة الأسـهم المطالبـين بالحمايـة، وذلـك بصفـة ثانويـة "[2]، وأكـدت " إن القانـون يجـب أن يُطبـق بشـكل معقـول، فـإذا حـدث في قضيـة معينـة انـه كان من غير الممكـن تطبيق القاعـدة العامة القاضيـة بـأن حـق الحمايـة الدبلوماسـية لشركة مـا، هو أمر يخـص دولة الجنسـية، قد تدعـو اعتبـارات الإنصـاف إلى إمكانيـة حمايـة حملـة الأسـهم المعنيين مـن جانب دولة جنسيتهم "[3].

(1) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - الفقرات 94 - 95.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - الفقرة 93.

(3) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - الفقرة 92.

وقد انتُقد هذا الحكم من عدة وجوه، منها، إن الأساس الذي أقامت عليه المحكمة حكمها مستمد من القواعد العامة لقانون الشركات المحلية، ولم يُستَمَد من القانون الدولي العرفي، ولو إن المحكمة أخذت بعين الاعتبار ممارسة الدول المُعرب عنها في معاهدات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف، واتفاقيات التسوية بمبالغ مقطوعة، وقرارات التحكيم التي تفسر هذه المعاهدات، بدلاً من رفض هذه المعاهدات واعتبارها قوانين خاصة تنطبق في أحوال بعينها، لكان في إمكانها العثور على أدلة كافية على وجود قاعدة في القانون الدولي العرفي تدعم مطالبات حملة الأسهم، وان المحكمة رفضت على عجل غالبية الممارسات التقليدية التي تنظم مطالبات حملة الأسهم، معتبرة إياها غير ذات صلة بالموضوع، وأضاعت فرصة ممتازة لإعطاء موافقتها القضائية بشأن قاعدة ما زالت قيد التطور في القانون الدولي العرفي، فيما يخص مطالبات حملة الأسهم، وذلك باختيارها الرجوع حصراً إلى القانون المحلي للشركات، الذي لا ينشئ عموماً بموجبه حقاً قابلاً للتنفيذ في أيدي حملة الأسهم عند تضرر الشركة [1].

وفي قضية " اليكترونيكا سيكولا "[2]، وهي قضية لاحقة على قضية برشلونة تراكشن أخذت احدى دوائر محكمة العدل الدولية، التي نظرت النزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية، بمنهج مخالف لما ذهبت إليه المحكمة في قضية برشلونة تراكشن، حيث قبلت مطالبة الولايات المتحدة باعتبارها دولة جنسية حملة الأسهم، ضد ايطاليا وهي دولة جنسية الشركة.

---

(1) - جون دوغارت المقرر الخاص - التقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية - لجنة القانون الدولي - الدورة الخامسة والخمسون - 2003 - الوثيقة رقم (A / CN.4 / 530) من وثائق الأمم المتحدة - ص 17 - 18.

(2) - هي قضية تتعلق بشركة ايطالية تملك أسهمها شركتان أمريكيتان، نظرتها احدى دوائر محكمة العدل الدولية، وصدر في الحكم بتاريخ 20 / تموز / 1989.

يعلـل الفقـه الـدولي الاختلاف بـين قراري محكمـة العدل الدولية بشـأن قضيتي " برشـلونة تراكشـن " و" اليكترونيكا سـيكولا "، إلى عدد من الأسـباب:

- **الأول** / هـو إن دائـرة المحكمـة في قضيـة " اليكترونيـكا سـيكولا " لم تكـن معنيـة بتقييـم القانـون الـدولي العـرفي، ولكنهـا كانـت معنيـة بتفسـير معاهـدة الصداقـة والتجـارة والملاحة بين الولايـات المتحـدة وايطاليا، والتي نصـت، شـأنها في ذلـك شـأن أي معاهـدة ثنائيـة للاسـتثمار، عـلى حمايـة حملـة الأسـهم، ولـو كانـت الدائرة رأت عـدم مقبولية المطالبـة المقدمة من الولايـات المتحـدة، عـلى أسـاس إن الولايـات المتحدة قد لا تحمـي الشركتين الأمريكيتـين الحائزتـين للأسـهم في الشركـة الايطاليـة، لـكان هـذا عـرض للخطـر أهميـة معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة، التـي تهدف في جملـة أمور، إلى حمايـة المواطنـين مـن حملـة الأسـهم الذيـن يسـيطرون عـلى الـشركات التـي تـم تأسيسـها في الدولـة المضيفـة للاسـتثمار.
- **الثـاني** / إن قضيـة " اليكترونيـكا سـيكولا " قـد انطـوت عـلى تعـدٍ مبـاشر لحقـوق حملـة الأسـهم، وهذا من الاسـتثناءات التي أشـارت إليهـا المحكمة في قضيـة " برشـلونة" التـي تجيـز لدولـة حملـة الأسـهم ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية لمصلحتهـم.
- **الثالـث** / وهـو أيضـا من الاسـتثناءات التي أشـارت إليها المحكمـة في قضية " برشـلونة " باعتبـار إن الشركـة لم تعـد قائمـة وإنما تمـت تصفيتها [1].

---

(1) - جون دوغارت المقرر الخاص - التقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية - لجنة القانون الدولي - الدورة الخامسة والخمسون - 2003 - الوثيقة رقم (A / CN.4 / 530) من وثائق الأمم المتحدة - ص 14 - 15.

ثانياً: لجنة القانون الدولي

تناولـت لجنـة القانـون الـدولي موضـوع حماية حملة الأسـهم، في إطار مشروع الحمايـة الدبلوماسـية، الـذي جاء فيه " لا يحق لدولة جنسـية حملة الأسـهم في الشركة أن تمـارس الحمايـة الدبلوماسـية لمصلحتهم عندما يلحـق بالشركة ضرر إلا:

أ - إذا لم يعـد للشركـة وجـود وفقـاً لقانـون الدولـة التي أُسسـت فيها لسـبب لا صلـة لـه بالضرر.

ب - إذا كانـت الشركـة في تاريخ وقـوع الـضرر، حاملـة لجنسـية الدولـة التـي يُدعـى إنهـا مسـؤولة عـن إلحـاق الـضرر بالشركـة، وكان تأسـيس الشركـة شرطـاً مسـبقاً تفرضـه الدولـة لممارسـة الأعـمال التجاريـة فيهـا " [1].

ونجـد إن معالجـة لجنـة القانـون الـدولي لهـذا الموضوع جاء بشـكل يتسـق مع المنطـق القانـوني، ومـا يحقـق العدالـة والإنصـاف مـن جهـة أخـرى، فبقـدر مـا راعـت حـق الدولـة التـي تـم تأسـيس الشركـة فيهـا مـن مطالبـات دول أخـرى عديـدة تمثـل دول حملـة الأسـهم، ومـا ينشـأ عـن ذلـك مـن أثـار سـلبية، جعلـت الأصـل هـو عـدم جـواز ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية تجـاه دولـة التأسـيس، اما الاسـتثناء فقـد حددتـه في حالتـين:

1 - الحالـة الأولى: حمايـة حقـوق حملـة الأسـهم في شركـة لم يعـد لهـا وجـود قانـوني في دولـة التأسـيس:

ذلـك ان عـدم وجـود الشركـة لا يعنـي إن حقـوق المسـاهمين فيها، ومـا لحقهم مـن أضرار تنتهـي بزوالهـا القانـوني، حيـث إن مسـؤولية الدولـة التـي تسـببت في الـضرر تبقـى قائمـة تجـاه المسـتثمرين المتضرريـن، وعندهـا تكـون ممارسـة الحمايـة

(1) - المادة (11) من مشروع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية الذي اعتمدته لجنة الصياغة في القراءة الثانية للمشروع - لجنة القانون الدولي - الدورة الثامنة والخمسون - 2006 - الوثيقة رقم (A / CN.4 / L.684) من وثائق الأمم المتحدة.

الدبلوماسية لاستيفاء التعويض بعد زوال الشخصية القانونية للشركة، لا سبيل إليها سوى المطالبة عن طريق دولة المساهمين المتضررين وهو ما يحقق العدالة وعدم ضياع الحقوق.

وقد بينت النرويج في هذا الخصوص بأنها رغم تأييدها للتوجه الذي ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن، إلا إنها تجد إن احد المخاطر التي يتعرض لها حملة الأسهم عند شرائهم الأسهم في الشركات الأجنبية هو عدم قدرتهم على طلب الحماية من حكوماتهم[1].

أما الولايات المتحدة الأمريكية فتجد إن منح دول حملة الأسهم حقاً في تولي دعاوى الشركة اكبر من حق الدولة التي سُجلت فيها يمثل " وضعاً شاذاً "، وأشارت إلى انه بموجب قانون الولايات المتحدة، على الأقل، ليس لحملة الأسهم أي حق بالمطالبة بحقوق انقضت لشركة منحلة، لأن الشركة هي الوسيلة الأساسية لحماية حقوقها، وأن هذه الفقرة لا تنسجم مع المبادئ الأساسية لقانون الشركات[2].

ويبدو إن الولايات المتحدة الأمريكية أقامت رأيها على أساس إن المبادئ التي تقوم عليها قوانين الشركات تقتضي متطلبات معينة عند إنشائها، وعند انتهائها، ومنها إن حقوق والتزامات الشركة تتم تصفيتها بموجب قواعد معينة.

(1) - انظر التعليقات والملاحظات الواردة من الحكومات بشأن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية - لجنة القانون الدولي - الدورة الثامنة والخمسون - 2006 - الوثيقة رقم A / CN.4 / 561من وثائق الأمم المتحدة - ص40.

(2) - انظر التعليقات والملاحظات الواردة من الحكومات بشأن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية - لجنة القانون الدولي - الدورة الثامنة والخمسون - 2006 - الوثيقة رقم A / CN.4 / 561من وثائق الأمم المتحدة - ص 41.

ولكـن اتجـاه لجنـة القانـون الـدولي عنـد صياغتهـا هـذا الاسـتثناء أخـذت بنظر الاعتبـار الحـالات التـي مـن الممكـن أن تزول فيهـا الشركة قانونـاً مع بقـاء الأضرار التي لحقـت بالمسـاهمين دون أن يتـم إصلاحهـا، ونجد فيـه امراً ضروريـاً ولا يتعارض مع أي مـن المبـادئ القانونيـة، ذلـك إن القانـون سـواء الداخـلي أو الـدولي، يهتم بعـدم إلحاق الـضرر بـأي شـخص، وإذا مـا لحقه ذلـك الضرر، فأنه يجب جـبره قانونـاً، فـإذا لم تتمكن القواعـد القانونيـة الداخليـة في بلـد التأسـيس مـن معالجـة الـضرر وفقـاً لقواعدهـا، وحقـوق المسـاهم لم يتم اسـتيفاؤها بشـكل منصـف، فأن دولتـه وفقا لقواعـد القانون الـدولي يكـون لهـا الحـق في حمايـة مصالحـه وحقوقـه وفقا لما يقـرره هـذا القانون.

2 - الحالـة الثانيـة: الحالـة التـي يكـون فيهـا دولـة التأسـيس هي المتسـببة في إحـداث الضرر:

وهـو مـا يتفـق مـع مـا أخذت بـه محكمـة العـدل الدولية مـن قبولهـا مطالبة الولايـات المتحـدة الأمريكيـة لايطاليا عـن الأضرار التي لحقت بشركات تحمل الجنسـية الأمريكيـة، تملـك أسـهماً في شركـة تـم تأسيسـها في ايطاليـا، باعتبـار إن الأخـيرة هي من يُنسـب إليها إلحـاق الضرر[1].

ولكـن لجنـة القانـون الـدولي وضعـت شرطـاً لتطبيـق هـذا الاسـتثناء، وهـو أن يكـون تأسـيس الشركـة في الدولـة المتسـببة في الـضرر، كان شرطـاً لازمـاً تفرضـه الدولـة عـلى الـشركات التـي ترغـب في ممارسـة أعمالهـا فيهـا، أي انـه لا يعود لرغبـة الشركة في تأسيسـها في تلـك الدولـة، وإنمـا هو أمـر مفروض عليهـا بحكم القانـون، وإلا لن تتمكن مـن أداء أعـمال تجاريـة واسـتثمارية فيها.

---

(1) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية (الكترونيكا سيكولا ELSI S.P.A) بين الولايات المتحدة الأمريكية وايطاليا بتاريخ 20 / تموز / 1989 - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية للفترة 1948 - 1991.

ويصف بعضهم هذا الشرط، المتمثل بوجوب التأسيس في الدولة، بأنه شبيه بـ" شرط كالفو " حتى أطلق على الشركات التي يتم تأسيسها خضوعا لهذا الشرط بـ"شركات كالفو " لما يُمثله من وسيلة لاستبعاد ممارسة الحماية الدبلوماسية من قبل دول المساهمين فيها، باعتبار ان الشركة تحمل جنسية الدولة المتسببة بالضرر والتي يكون لها وحدها الحق بمطالبة الدول الأخرى عن الأضرار التي تلحق بتلك الشركة، دون أن يكون لبقية الدول ذلك الحق تجاهها.

لذلك فأن من المنطقي أن يكون هذا الاستثناء، فليس للدولة أن تفرض شرطاً لتستفيد منه، وإبعاد أي مطالبات تلحق بالمساهمين المستثمرين في الشركة، تكون هي من تسبب بها.

ويعبر احد قضاة محكمة العدل الدولية عن ذلك بأن " أوجه العدالة تكون ظاهرة بشكل مدهش عندما لا تسمح الدولة المدعى عليها بدخول الاستثمار الأجنبي إلا بشرط أن يقوم المستثمرون بتكوين شركة بموجب قانونها " [1].

وقد عبرت بريطانيا عن ذلك بأنه " إذا قُبل مبدأ أن تجعل الحكومات تشغيل مصالح أجنبية في أراضيها يعتمد على تسجيلها وفقاً للقانون المحلي، ثم تدعي بعد ذلك، إن هذا التسجيل هو المبرر لرفض توفير الحماية الدبلوماسية، فأنه من الواضح إن الوسائل لن تنعدم لكي تمنع الحكومات الأجنبية من ممارسة حقها الثابت بموجب القانون الدولي، في حماية المصالح التجارية لرعاياها في الخارج[2].

---

(1) - الرأي المستقل للقاضي فستموريس - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - - ص192.

(2) - جون دوغارت المقرر الخاص - التقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية - لجنة القانون الدولي - الدورة الخامسة والخمسون - 2003 - الوثيقة رقم (A / CN.4 / 530) من وثائق الأمم المتحدة - ص 51.

وطلبـت النرويـج توسـيع هـذا الاسـتثناء، وذلـك في إطـار التطويـر التدريجـي للقانـون الـدولي، ليشـمل أيضـا الحـالات التـي لا يكـون فيهـا شرط التسـجيل وفقـاً للقانـون المحـلي شرطـاً رسـمياً وإنما يـأتي نتيجة لضغوط غير رسـمية أو ضغوط سياسـية عـلى المصالـح الأجنبيـة [1].

ثالثاً: اتفاقيات الاستثمار الدولية وتطبيقات المحاكم لها

في ظـل التطـور الكبـير الـذي شـهدته اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة في العقديـن الماضيـين، لم يعـد القـول بـأن " المسـاهمين في ظـل القانـون الـدولي عاجزون عـن إيجاد معالجـة فعالـة لـلأضرار التـي تلحقهـم " صالحـاً في الوقـت الحـاضر، ذلـك إن الحمايـة القانونيـة للمسـاهمين في الـشركات التي تسـتثمر في الخـارج ازدادت بازدياد معاهدات الاسـتثمار الثنائية [2].

وقـد تباينـت مناهـج الحمايـة بهـذا الخصـوص، فنجـد إن بعـض الاتفاقيـات الدوليـة شـملت المسـاهمين بقواعـد الحمايـة المقـررة فيهـا دون قيـود محـددة، كما في اتفاقيـة التجـارة الحـرة لـدول أمريـكا الشـمالية (NAFTA).

أمـا البعـض الآخـر مـن الاتفاقيـات فقـد سـلكت منهجـاً يجيـز منـح الحمايـة لمواطنـي الدولـة التـي يملـك المسـاهمون فيها أغلبيـة رأس المـال، كما في اتفاقية إنشـاء الوكالـة الدوليـة لضـمان الاسـتثمار[3].

---

(1) - انظر التعليقات والملاحظات الواردة من الحكومات بشأن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية - لجنة القانون الدولي - الدورة الثامنة والخمسون - 2006 - الوثيقة رقم A / CN.4 / 561 من وثائق الأمم المتحدة - ص 43.

(2) - ورد في تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) لعام 2009 المعنون " التطورات الأخيرة في اتفاقيات الاستثمار الدولية " إن عدد الاتفاقيات الثنائية وصل في نهاية عام 2008 الى ما عدده (2676) اتفاقية.

(3) - المادة (13 / أ) من الاتفاقية.

أمـا معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة الحديثة فأنها عـادةً ما تتضمن تعريفاً واسـعاً لمفهوم المسـتثمر الذي يمارس نشـاطاً ينطبق عليه معنى الاسـتثمار، متضمناً المسـاهمة وأشـكال المشـاركة في الشركات من قبيل ماورد في اتفاقية تشـجيع وحماية الاستثمار بين العـراق واليابـان، التي أشـارت في تعريفها للاسـتثمار بأنها تشـمل " الأسـهم والسـندات أو أشـكال أخرى من المسـاهمة في الشـخص المعنوي"[1].

أمـا اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق وفرنسـا فقـد ذهبـت الى مـدى أكـثر مـن حيـث الوضـوح في بيـان مقـدار ونـوع المسـاهمة في الـشركات التـي تشـملها قواعـد الحمايـة المقـررة فيهـا، فاعتـبرت الاسـتثمار يشـمل " الأسـهم وعـلاوات الإصـدار وغيرهـا مـن أشـكال المسـاهمة، حتى القليلـة منها وغـير المبـاشرة في الشركات المؤسسـة عـلى أراضي احـد الطرفـين المتعاقديـن"[2].

ففـي مثـل تلـك الحـالات لا توجـد أيـة صعوبـة لـدى هيئـات التحكيـم مـن إن المسـاهمة في الـشركات المحليـة تكـون محمية بموجب هذه الاتفاقيـات، وهو ما أخذت بـه هيئـة التحكيم في قضيـة (Antoine Goetz and others) ضد جمهورية بوروندي، حيـث أقـرت بحـق مسـتثمر أجنبـي يملـك أسـهماً في شركـة مسـجلة محليـاً في تقديـم مطالبـة طبقـاً لاتفاقيـة إنشـاء المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار[3]، واعتـبرت محكمـة التحكيـم في قضيـة (AMT) الأمريكيـة التي تملك أسـهماً في شركـة (ZINZA) الزائيريـة، بـأن الشركـة الأمريكية يجـوز لها إقامة الدعـوى ضد زائير اسـتناداً إلى اتفاقية حمايـة الاسـتثمار الثنائية بـين الولايات المتحـدة الأمريكية وزائـير باعتبارها تتصرف عن نفسـها وليـس نيابة عن شركـة ZINZA [4].

(1) - المادة (1 / 1 / ب) من الاتفاقية.

(2) - المادة (1 / 1 / ب) من الاتفاقية.

(3) - مطالبة (Antoine Goetz and others) ضد جمهورية بوروندي التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية بالرقم 3 / 95 / ARB بتاريخ 10 / شباط / 1999.

(4) - قضية (American Manufacturing & Trading Inc) ضد زائير - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 1 / 93 / ARB بتاريخ 21 / شباط / 1997 - الفقرة 5 / 15

وفي قضيـة أخـرى قامـت شركة (Gas Natural SDG S.A) الاسـبانية بالاشـتراك في مناقصـة اقامتهـا الحكومـة الأرجنتينيـة لخصخصـة قطـاع الغـاز، اذ اشـترت الشركـة الاسـبانية مـا نسـبته 70% وكان لأحـدى الـشركات المحليـة مانسـبته 30%، وقدمـت الشركـة الاسـبانية مطالبتهـا اسـتناداً إلى الاتفاقية بـين الأرجنتين واسـبانيا باعتبارها تملك أغلبيـة الأسـهم، وقـد اعترضت الأرجنتين على اختصـاص المركز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار في نظـر المطالبـة باعتبـار عـدم انطبـاق صفـة " المسـتثمر " عـلى الشركـة التـي قدمـت المطالبـة طبقـاً للاتفاقيـة، كونهـا مجـرد مسـاهم في الشركـة الأرجنتينيـة التـي لحقتهـا الأضرار، وجـدت المحكمـة إن المدعـي (المطالـب) ينـدرج تحـت تعريـف المسـتثمر وفقـاً للاتفاقيـة الثنائيـة التـي اعتـبرت المسـاهم في الـشركات المحليـة ينطبق عليـه وصـف المسـتثمر [1].

أمـا بشـأن المسـاهمين الذيـن يملكـون الأقلية من أسـهم الشركات المسـجلة، فأن القـرارات الصـادرة عـن المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار لا تميـز بينهم وبين مالـكي الأكثريـة مـن الأسـهم في حقهم بتقديـم المطالبة أمـام هيئات التحكيـم في المركز.

ففـي قضيـة شركـة (Lanco) وهـي شركـة أمريكيـة لهـا مسـاهمة بنسـبة 18.3% في مجموعـة شركات تـم منحهـا امتيـازاً لإدارة الموانـئ في الأرجنتـين، قدمـت الشركـة المذكـورة مطالبـة ضـد الأرجنتـين بدعـوى تضررهـا لقيـام الحكومـة بتقديـم معاملـة أكـثر تفضيـلاً لمنافسـيها، قـررت المحكمـة قبـول الدعـوى وبينـت " إن حقـوق المسـاهمين الـواردة في الاتفاقيـة بـين الولايـات المتحـدة الأمريكيـة والأرجنتـين لم تشـترط الاتفاقيـة أن يكـون للمسـاهم تحكـم في إدارة الشركـة أو أن تكـون لـه الأكثرية في المسـاهمة، وعليـه فـأن امتـلاك الشركـة مانسـبته 18.3% مـن أسـهم رأسـمال

(1) - مطالبة شركة (Gas Natural SDG S.A.) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية بالرقم 10 / 03 / ARB بتاريخ 17 / حزيران / 2005.

الشركـة يسـمح بالاسـتنتاج بكونهـا مسـتثمراً اسـتنادا الى المـادة الأولى مـن الاتفاقيـة الثنائيـة بـين الولايـات المتحـدة الأمريكيـة والأرجنتـين [1].

وكذلـك في قضيـة شركـة (CMS) الأمريكيـة لنقـل الغـاز التـي اشـترت مانسـبته 29.42% مـن أسـهم شركـة (TGN) الأرجنتينيـة لنقـل الغـاز التـي تمـت خصخصتهـا، قدمـت مطالبـة أمـام المركـز الدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، واعترضـت الأرجنتين عـلى ذلـك بأنـه لا يحـق للشركـة بموجـب اتفاقيـة إنشـاء المركـز الـدولي أو الاتفاقيـة الثنائيـة مـع الولايـات المتحـدة إقامـة دعـوى بشـكل مسـتقل عـن الشركـة الأرجنتينية المحليـة، وأضافـت في اعتراضهـا بـأن الشركـة الأمريكيـة تملـك الأقليـة مـن الأسـهم، وقد ردت محكمـة التحكيـم تلـك الاعتراضـات مسـتندة في ذلـك إلى الممارسـات الحديثـة في حمايـة المسـاهمين سـواء منهـم الأغلبيـة أو الأقليـة و المتحكمـين أو غـير المتحكمـين، واسـتدلت بقـرارات هيئـات التحكيم بـين الولايات المتحـدة الأمريكية وإيـران وقرارات لجنـة التعويضـات التابعـة للأمـم المتحـدة بأنهـا أدلـة متزايدة عـلى المرونـة في التعامل مـع المطالبـات الدوليـة [2].

وهـذا يعنـي إنـه إذا لم يـرد قيـد في الاتفاقيـة يحـدد نسـبة المسـاهمة لغـرض شـمولها بالحمايـة، فأنهـا تكـون مشـمولة بهـا بـأي نسـبة كانـت.

وذهبـت هيئـات التحكيـم في المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار (ICSID) إلى ابعـد مـن ذلـك في توسـيع نطـاق الحمايـة للمسـتثمرين، حيـث إنهـا لم تكتـفِ بـأن تكـون المسـاهمة في الشركـة بصـورة مبـاشرة، وإنمـا قبلـت المطالبـات التـي تتـم في مسـاهمة الشركـة الأجنبيـة بصـورة غـير مبـاشرة في الـشركات المحليـة،

(1) - مطالبة شركة (Lanco Int'l Inc) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية بالرقم6 / 97 / ARB بتاريخ 8 / كانون الأول / 1998.

(2) - مطالبة شركة (CMS) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية بالرقم 8 / 01 / ARB بتاريخ 17 / تموز / 2003.

واعتـبرت إن هنـاك مصلحـة للشركـة يجب حمايتها مـن خلال اللجـوء إلى المركز في حال الأضرار بالشركة المحلية.

ففـي قضيـة شركـة (Siemens) وهـي شركـة ألمانية مملوكـة لأفراد ألمـان بصورة خالصـة، وتمتلـك هـذه الشركـة أسـهم شركـة (Siemens Nixdorf Informations systeme) المعروفـة اختصـارا بــ (SNI) بنسـبة 100%، قامـت الشركـة الأخيرة بإنشـاء شركـة في الأرجنتـين باسـم (Siemens IT Services) وتملـك أسـهمها وسـلطة إدارتهـا، تقدمـت شركـة (Siemens) الأم بمطالبـة أمام المركز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار عـن الأضرار التـي لحقـت شركـة (Siemens IT Services)، وقـد اعترضـت الأرجنتـين عـلى المطالبـة المقدمـة مـن الشركـة الأم باعتبـار إنهـا لا تملـك أسـهماً في الشركـة وان الأسـهم مسـجلة باسـم شركـة (SNI) وانه لاتوجد علاقـة مباشرة بين شركـة (Siemens) والاسـتثمار، ردت محكمـة التحكيـم الاعـتراض بالقـول " إن حمايـة أسـهم المسـتثمرين الألمـان بموجـب الاتفاقيـة بـين ألمانيـا والأرجنتـين لم تشـترط أن لا تكـون المسـاهمة عبر شركات وسـيطة بـين الاسـتثمار وبين المالك النهائي للشركة، ووجـدت المحكمة إن القراءة الحرفيـة للاتفاقيـة لا تدعـم الادعـاء بـأن تعريـف الاسـتثمار يسـتبعد الاسـتثمارات غير المبـاشرة [1].

(1) - مطالبة شركة (Siemens) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية بالرقم 8 / 02 / ARB بتاريخ 3 / آب / 2004.

وفي قرار آخر ذهب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في هذا الصدد إلى قبول مطالبة الشركة الأم، حتى لو كانت الشركة الوسيطة تحمل جنسية الدولة المستضيفة للاستثمار، وأقام المركز ولايته في نظر القضية على أساس إن الاتفاقية لم تستبعد مطالبات الأقلية من مالكي الأسهم ولم تستبعد المساهمة غير المباشرة، فان المطالبة تدخل ضمن اختصاص المركز [1].

ولا يقتصر شمول المساهمين بالحماية بموجب الاتفاقيات الدولية، وإنما الممكن أن يتم شمول المساهمين بالحماية بموجب العقود التي تبرم مباشرة بين المستثمرين والدولة المضيفة أو الكيانات العامة فيها، أو في تشريعات الدول المستضيفة، حيث تكمن الأهمية الخاصة لتلك الصكوك في تمكين المستثمرين الأجانب من تسوية منازعاتهم بشأن الاستثمار مباشرة تجاه الدول المستضيفة للاستثمار [2].

ومن ذلك نخلص إلى القول إن حماية حملة الأسهم في اتفاقيات الاستثمار الدولية، والأحكام الصادرة في القضايا الناشئة عنها، قد وسع كثيراً من نطاق الحماية المقررة لهم عما هو عليه في في نظام الحماية الدبلوماسية، وسوف نبين بتفصيل ذلك الموضوع لاحقاً.

(1) - مطالبة شركة (Enron Creditors Recovery Corp) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية بالرقم ARB / 01 / 3 بتاريخ 14 / كانون الثاني / 2004.

(2) - Martin J. Valasek & Patrick Dumberry - Developments in the Legal Standing of shareholders and Holding Corporations in Investor - State Disputes - Foreign Investment Law Journal - Volume 26 - Number 1 - Spring 2011 - p 37.

المبحث الثاني

النطاق المادي لحماية الاستثمار الأجنبي

قدمنا في المبحث التمهيدي مجموعة من التعاريف القانونية والاقتصادية للاستثمار الأجنبي، إلا اننا لم نناقش بشكل مفصل اثر تلك التعريفات على حمايته، ذلك إن الموضع الأفضل لمناقشته يكمن في إطار تحديد النطاق المادي للاستثمار الأجنبي.

لذلك سوف نبين في هذا المبحث مدى شمول الاستثمارات الأجنبية المباشرة والاستثمارات الأجنبية غير المباشرة بالحماية في القانون الدولي، ثم حماية الاستثمارات الأجنبية وفقاً لشروط معينة، واخيراً نتعرض لحماية الاستثمارات الأجنبية التي تكون في صيغة عقود حكومية

المطلب الأول

نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية بحسب نوعها

إن الإطـار العـام لحمايـة الاسـتثمارات الأجنبيـة الـذي يمكـن مـن خلالـه تحديد مـدى شـمول أنـواع معينـة من الاسـتثمار بالحمايـة من عدمـه، يعـود إلى تصنيف تلك الاسـتثمارات إلى اسـتثمارات مبـاشرة واسـتثمارات غـير مباشرة.

ففـي حالـة الاسـتثمار غـير المبـاشر، أو الاسـتثمار المحفظـي، فأنـه مـن المتفـق عليـه عمومـاً إن المسـتثمر يأخـذ على عاتقـه المخاطـر المحتملة عن هذه الاسـتثمارات، ذلـك إن الاسـتثمار المحفظـي لا تشـمله الحمايـة بموجـب القانـون الـدولي العـرفي، لكـون الحمايـة بموجبـه تقتـصر عـلى حمايـة الملكيـة الماديـة " الملموسـة " للمسـتثمر الأجنبـي وغيرهـا من الأصول المسـتثمرة مباشرة مـن خلال مبادئ الحماية الدبلوماسـية ومسـؤولية الدولـة (1).

وفي مقابـل هـذا الـرأي، يذهـب بعـض الفقـه إلى انـه يجـب أن تشـمل الحماية كلاً مـن الاسـتثمار الأجنبـي غـير المباشر والاسـتثمار الأجنبي المباشر، ويسـتند هذا الرأي عـلى افـتراض انـه لا يوجـد تمييـز في المخاطـر التـي يتعرض لهـا كلا نوعي الاسـتثمار.

ولكـن هـذا الـرأي لا يلقـى قبولاً في القانـون الدولي حيث إن الاسـتثمار الأجنبي المبـاشر هـو وحـده الخاضـع لحمايـة القانـون الـدولي العـرفي، وتوجـد عـدة أسـباب لاختـلاف هذيـن النوعـين مـن الاسـتثمار في المعاملـة، ومـن بـين هذه الأسـباب:

(1) - M. Sornarajah - ibid - p 8 - 9.

1 - إن المسـتثمر الأجنبـي يقـوم بنقل الموارد إلى خـارج بلده والتي كان بالإمكان أن تسـاهم في دفـع عجلـة التنميـة في بلده الأم، وعليه يكون من المناسـب لبلده أن يضمـن الحماية لتلك الموارد.

2 - أن الاسـتثمار المحفظـي عملياً يتـم في البورصـات في أي مـكان في العالم دون أن يكـون للدولـة المسـتضيفة أي علـم بالروابـط التـي نشـأت مـن خـلال بيـع الأسـهم في هـذه البورصـات ولاتنشـأ عن ذلـك علاقة محـددة لإثارة المسـؤولية، أمـا في الاسـتثمار الأجنبـي المبـاشر فالأمـر مختلـف حيـث يدخـل الأجنبـي إلى الدولـة المضيفـة بموافقـة صريحـة منهـا [1].

3 - إن الاسـتثمار الأجنبـي غـير المبـاشر يكـون ذا طابـع مـالي بحـت، ولا تكـون للمسـتثمر أي سـيطرة عـلى إدارة الاسـتثمار ودوره فيـه غـير فعال، كـما لا توجد علاقـة طويلـة الأمـد بـين المسـتثمر والاسـتثمار بحيـث يمكنـه أن ينهـي العلاقـة مـع تلـك الاسـتثمارات بالتـداول السريع لها، كـما إن هذا النوع من الاسـتثمار لا يـؤدي إلى نقـل التكنولوجيـا وتدريـب الموظفـين المحليـين ومـا إلى ذلك [2].

وتلافيـاً لذلـك، فـأن الاتفاقيات الدولية سـواء منها الثنائيـة أو المتعددة الأطراف، سـلكت طرقـاً مختلفة لتقرير مدى شـمول الاسـتثمار الأجنبي غير المبـاشر بأحكامها:

(1) - M. Sornarajah - ibid - p 9.

(2) - UNCTAD - Scope And Definition - Series on Issues in International Investment Agreements - 2011 - p29.

1 - الاستبعاد الصريح /

فقد ذهبت بعض الاتفاقيات الدولية ومنها الاتفاقية الإطارية (ASEAN)[1]، إلى استبعاد الاستثمار غير المباشر بصورة صريحة من نطاق الحماية الممنوحة بموجبها.

2 - الاستبعاد الضمني /

وذلك بتحديد ما يعتبر استثماراً بموجبها دون غيره، أو أن تفترض شرطاً معينا لا يتوافر في الاستثمار غير المباشر، كما ورد الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا التي اعتبرت إن ما يندرج تحت مفهوم الاستثمار بموجبها " إنشاء المشاريع التجارية أو الاستحواذ عليها وكذلك أو تملك حصة في هذه المشاريع مع اشتراط وجود تحكم للمستثمر عليها " والاتفاقية بهذه الصيغة جعلت نطاق مفهوم الاستثمار محدوداً واستبعدت الاستثمار غير المباشر من نطاقها [2].

3 - الشمول الصريح /

حيث تذهب بعض الاتفاقيات الثنائية إلى النص بشكل صريح في تعريفها لمفهوم الاستثمار على شمول بعض أنواع الاستثمار غير المباشر بأحكامها، وبالتالي، امتداد المزايا الواردة في الاتفاقية إليها، بما في ذلك قواعد الحماية المقررة بموجبها، ومنها ماورد في الاتفاقية المبرمة بين العراق وأرمينيا التي نصت على شمول " أي نوع من أنواع الأصول على أراضي احد الطرفين المتعاقدين والتي تكون مملوكة

(1) - هو تكتل اقتصادي يضم عشر دول من جنوب شرق آسيا، شُكل في الستينيات من القرن الماضي بهدف تعزيز النمو الاقتصادي بين تلك الدول، أُسس في البداية من خمس دول هي اندونيسيا وماليزيا وسنغافورة وتايلاند والفلبين ثم انضمت إليها كل من بروناي وفيتنام ولاوس وميانمار وكمبوديا.

(2) - اتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا عام 1988، وقد حلت محلها اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية عام 1992 (North American Free Trade Agreement) المعروفة اختصاراً (NAFTA) والتي اعتبرت الاستثمار المحفظي تدخل في مفهوم الاستثمار

لمستثمر من الطرف المتعاقد الآخر، أو تحت سيطرته المباشرة أو غير المباشرة"، وشملت انواعاً عديدة من الاستثمارات غير المباشرة مثل الأسهم والسندات والقروض والأوراق المالية التي يصدرها احد الطرفين وحقوق الملكية والعلامات التجارية والأسرار والأسماء التجارية والأملاك غير الملموسة وغيرها(1).

ويمكن استخلاص القول في هذا الخصوص، إن القانون الدولي العرفي لا يقدم وضوحاً كافياً أو نطاقاً مقبولاً لحماية الاستثمار الأجنبي، فنجده متراجعاً في هذا الخصوص، وتقدمت اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف خطوات مهمة لسد الفراغ وعدم الوضوح.

لذلك نجد إن نطاق الحماية بموجب معاهدات الاستثمار الثنائية لم يعد مقتصراً على حماية الملكية والحقوق المرتبطة بها، حتى وان تم تعريف تلك الحقوق بشكل واسع، وإنما امتد ليشمل مجموعة متنوعة من المصالح الاقتصادية الأخرى التي ترد في العقود، وتغطية أصول وحقوق مختلفة، وكذلك حماية المصالح التجارية للأجنبي، ولا تتوقف تلك الحماية عند حد حظر نزع الملكية، ولكنها تشمل أيضا منع تدخل الدولة المضيفة للاستثمار في التأثير في حقوق تعاقدية أخرى مثل الحق في اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات (2)، إن كل هذا يمكن إدراجه في اتفاقية حماية الاستثمار الأجنبي التي يتم إبرامها بين مختلف الدول بشكل أو بآخر.

(1) - المادة (1) من الاتفاقية.

(2) - مثلا ما نصت المادة (3) من اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة ولبنان لعام 2002 في تعريفها للاستثمار بأنه يعني كل نوع من الأصول بما في ذلك " المطالبة بمال أو أي أداء بموجب عقد ويكون لها قيمة مالية ".

المطلب الثاني

نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية بحسب طبيعتها

أن اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة مهـما بلغـت مـن الدقـة في الصياغـة، لا يمكنهـا أن تغطـي كافـة أنـواع الأنشـطة التـي تدخل في مفهوم الاسـتثمار، وهذا مـا يضع بعض الأنشـطة احيانـا في فـراغ الحمايـة لعـدم ذكرهـا ضمـن تعريـف الاسـتثمار الأجنبـي، أو إنهـا تكـون محـلاً للشـك في انتمائها للاسـتثمار الأجنبي أو محلاً للاعـتراض على توصيفها بذلـك دفعـاً لشـمولها بمزايا الحمايـة المقررة.

أو أن يكـون العكـس، حـين يقـوم أطـراف الاتفاقية بوضع بعض الأنشـطة ضمن دائـرة الاسـتثمار الأجنبـي وإدخالهـا ضمـن تعريفـه، وهـي في حقيقتهـا مـما يبتعد عن ذلـك كثيراً.

إن هـذا الأمـر مـما عالجتـه محاكـم التحكيـم في عدد مـن القضايا التـي نظرتها، اذ قامـت بوضـع معايـير مهمـة يتـم مـن خلالهـا تحديـد طبيعـة النشـاط الـذي يعتـبر اسـتثماراً، ورغـم تعـدد تلك القضايـا التي تناولت هذه المسـألة، إلا إن قضيـة (Salini) تعتـبر مـن أهـم القضايـا التـي فصّلـت ذلـك، فقـد اشـترطت محكمـة التحكيـم التـي نظـرت القضيـة لغـرض قبـول نظـر الدعـوى من قبـل المركـز الـدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار (ICSID) أن يتحقـق في الصفقـة أو العقـد محـل النـزاع أربعـة شروط حتى يمكـن اعتبـاره داخـلاً في مفهـوم الاسـتثمار المنصـوص عليـه في اتفاقيـة المركـز، وبالتـالي يمكـن للمركـز نظـره عـن طريـق هيئـات التحكيـم، وهـذه الشروط:

أ - تحقق مساهمة للمستثمر.

وهـذه المسـاهمة لا يشـترط فيهـا أن تكـون نقديـة، حيث من الممكـن أن تكون حصصـاً في ملكيـة معينـة يسـاهم فيهـا المسـتثمر، ويمكـن أن يكـون مـن المفيد الاسـتعانة بالقانـون المحـلي لبيـان معنـى " سـهم " مـن اجـل تحديـد النطـاق المـادي لتطبيـق الاتفاقيـة، ومـع ذلـك فـأن اللجـوء للقانـون المحـلي لا يمكـن أن يكـون لـه تأثـير عـلى تقييـد الحقـوق الاتفاقيـة التـي وردت في اتفاقيـة حمايـة الاسـتثمار (1).

ب - أن يكون الاستثمار قد تم وفقاً لقوانين الدولة المضيفة بحسن نية.

ج - وجود مدة معتبرة للاستثمار.

د - وجود احتمال بتعرض الاستثمار للمخاطر غير التجارية.

وهذه المخاطر سبق وان بيناها بتفصيل في محله

هـ - المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة (2).

هـذه الـشروط التـي يتطلـب تحققهـا من اجـل انعقـاد اختصاص المركـز الدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، إنمـا وردت في أحـكام محاكم التحكيم بشـأن بيـان ولايتها للنظـر في المطالبـة، وهـي تخضـع في كل حالـة بحسـب ظروفهـا، وهـي في حقيقتهـا لا تُثـير مـن الاختـلاف الـشيء الكثـير، باسـتثناء الـشرط المتعلـق بمسـاهمة الاسـتثمار

(1) - Dolores Bentolila - Shareholders' Action to Claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration - Trade, Law and Development journal - Vol.II, No.1 - Spring, 2010 - p 94 & p 97.

(2) - Jessica Beess und Chrostin - Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before the ICSID, The Abaclat Case - Harvard International Law Journal - Vol.53 - 2012 - p510.

في التنميـة الاقتصاديـة للدولـة المضيفـة، حيـث نجـد إن محاكـم التحكيـم بعـد قضية (Salini) عنـد نظرهـا قضايـا تتعلـق ببيـان طبيعـة النشـاط فيـما إذا يمثـل اسـتثماراً وفقـاً لمتطلبـات المركـز، قـد اتجهـت اتجاهـات متعددة بشـأن مدى اشـتراط مسـاهمة الاسـتثمار في التنميـة الاقتصاديـة.

1 - التنمية الاقتصادية باعتبارها " شرط "

يذهـب البعـض إلى إن تفسـير معنـى الاسـتثمار وفقـاً لمـا ورد في المـادة (25) مـن اتفاقيـة المركـز الـدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار باشـتراط مسـاهمته في التنمية الاقتصاديـة للدولـة المضيفـة إنمـا يعـد معيـاراً أو شرطـاً صارمـاً، وليـس مجـرد مؤشر أو ميـزة وصفيـة تدل عـلى وجـود الاسـتثمار[1].

وهـذا الاتجـاه يتطابـق مع ما ذهبت إليـه محكمة التحكيم في قضيـة (Salini)، وهـو مـا اعتمـده المحكـم الوحيـد في قضيـة (Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd) الـذي عـدَّ مسـاهمة الاسـتثمار في التنميـة الاقتصاديـة شرطـاً لازمـاً لتأهيـل الصفقـة لاعتبارهـا اسـتثماراً بالمعنـى المقصـود في المـادة (25) مـن اتفاقيـة تسـوية منازعـات الاسـتثمار، ومـا يميـز هـذا الحكـم انـه لم يشـترط أن تكـون المسـاهمة كبـيرة في التنميـة الاقتصاديـة، وإنمـا يكفـي أن تكـون مسـاهمته بزيـادة الناتـج المحـلي بـأي نسـبة مهـما كانـت صغـيرة [2]، كـما تـم تطبيـق تحقـق التنميـة الاقتصاديـة باعتبارهـا شرطـاً لنظـر الدعـوى في عـدة قضايـا، فقـد اعتـبرت مشـاريع مد الطـرق البرية تسـاهم

(1) - Diane A. Desierto - Development as an International Right: Investment in the new Trade - Based IIAs - Trade, Law and Development journal - Vol.3 - fall 2011 - p298.

(2) - قضية (Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd) ضد ماليزيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 10 في 17 / ايار / 2007 - الفقرة 123.

في تحقيـق التنميـة الاقتصاديـة [1]، وكذلـك امتيـاز التنقيـب عـن النفـط والغـاز [2]، ومشـاريع إنتـاج الطاقـة الكهربائية [3]، وإنشـاء وتطويـر الفنادق السـياحية [4]، وتطوير البنيـة التحتيـة للبنـوك والمصـارف [5]، وغيرهـا مـن المشـاريع [6].

(1) - مثل قضية (Toto Costruzioni Generali S.p.a) ضد لبنان التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 12 بتاريخ 11 / أيلول / 2009 - الفقرة 86 / د التي جاء فيها " إن المشروع الذي قامت بتنفيذه الشركة تسهيل النقل بين لبنان وسوريا ودول عربية أخرى وبالتالي تعزيز موقع لبنان كبلد لعبور البضائع من والى بلدان الشرق الأوسط "، وكذلك قضية (Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A S) ضد باكستان التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 29 بتاريخ 14 / تشرين الثاني / 2005

(2) - قضية (Kardassopoulos) ضد جمهورية جورجيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 12 بتاريخ 6 / تموز / 2007 التي جاء في الفقرة 117 من الحكم " مما لاشك في إن عقد امتياز النفط والغاز يساهم في التنمية الاقتصادية لجورجيا "

(3) - قضية (Noble Energy Inc and Machala Power Cia Ltd) ضد الإكوادور التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 12 بتاريخ 5 / آذار / 2008، حيث إن الشركة المدعية سبق وان تعاقدت في عام 1996 مع الحكومة الإكوادورية على إنتاج الطاقة الكهربائية، وقد وجدت محكمة التحكيم أهمية ذلك في تحقيق التنمية الاقتصادية.

(4) - قضية (Helnan International Hotels) ضد جمهورية مصر العربية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 19 بتاريخ 17 / تشرين الأول / 2006، حيث جاء في الفقرة 77 من حكم محكمة التحكيم " التزام المدعي بتجديد الفندق وتحويله إلى فندق خمسة نجوم يساهم في التنمية في مصر، ذلك إن أهمية السياحة في الاقتصاد المصري من الأمور الواضحة ".

(5) - قضية (Ceskoslovenska Obchodni Banka CSOB) ضد جمهورية سلوفاكيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 97 / 4 بتاريخ 24 / ايار / 1999، حيث وجدت المحكمة في الفقرة (88) من حكمها بأن " استمرار نشاط بنك CSOB والتوسع فيه وتطويره من المؤكد يساهم بكل كبير في التنمية الاقتصادية في جمهورية سلوفاكيا ".

(6) - للاطلاع على أمثلة أخرى انظر:

Diane A. Desierto - ibid - p 302 - 306.

2 - التنمية الاقتصادية باعتبارها صفة مميزة غير ملزمة

عـبرت محكمـة التحكيـم في احدى القضايـا المنظورة عن هـذا التوصيف للتنمية الاقتصاديـة ودورهـا غـير الملـزم، حيـث اعتـبرت إن مايعـرف بــ" شرط سـاليني " يكون مفيـداً عندمـا تشـعر المحكمـة بالقلـق مـن اعتـماد اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة أو عقد الاسـتثمار تعريفاً واسـعاً للاسـتثمار، بحيث يضم تعاملات وصفقات لا تندرج في العادة تحـت أي تعريـف معقول للاسـتثمار [1].

ويعتـبر هـذا الاتجـاه التنميـة الاقتصاديـة مـا هـي إلا سـمة وصفيـة أو ميـزة في الاسـتثمار غـير ملزمـة، ووفقـاً لهـذا الاتجـاه تكـون وظيفـة صفـة التنميـة الاقتصاديـة ضيقـة جـداً في الحـالات الحديـة مـن الأنشـطة التجارية في السـلع والخدمـات والتي لا ترتبـط تقليديـاً مـع الأنشـطة الاسـتثمارية [2].

ورغـم إن كلا الاتجاهـين اعتمـدا المسـاهمة في التنميـة الاقتصاديـة لإضفاء صفة الاسـتثمار عـلى النشـاط أو المـشروع، إلا إن مفهـوم التنميـة الاقتصاديـة بحـد ذاتـه لم يكـن واضحـاً ومحـددا بشـكل دقيـق، حيـث تباينـت وجهـات نظـر هيئـات التحكيـم بشـأنه، مـن حيـث تعريفـه ومن حيـث مقـدار المسـاهمة في التنميـة الاقتصادية وهل يجـب أن يكـون كبـيراً أو بـأي مقـدار آخر، وكيفية قياسـها هل يكون من خـلال الزيادة الإجماليـة في الناتـج المحـلي أو بطريقـة أخـرى، والمشـهد يكـون أكـثر تعقيـداً إذا ما تم تضمـين المفهـوم متغـيرات غير اقتصاديـة [3].

(1) - قضية (Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and ors) ضد أوكرانيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 08 / 8 بتاريخ 8 / آذار / 2010 - الفقرة 131

(2) - Diane A. Desierto - ibid - p 307.

(3) - Velimir Zivkovic - Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration - European Journal of Legal Studies - Volume 5 - Issue 1 - 2012 - p153.

وبخلاف ما ذكرناه، ينتقد بعض الفقه الدولي اشتراط مساهمة الاستثمار الأجنبي في التنمية لقبول الدعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث يجد إن من الصعب قبول وجود كيان تجاري محض يسعى اساساً لإثراء مالكيه، أن يشترط لقبول دعواه أمام المركز مساهمته في التنمية الاقتصادية للبلد المضيف [1]، كما انه يؤدي الى حماية الاستثمارات الكبيرة دون الصغيرة، وهو ما يتنافى مع قيم العدالة والانصاف وسيادة القانون[2].

ونجد إن الحماية التي يقررها القانون الدولي للاستثمار الأجنبي، إنما تكون في قدر كبير منها بالنظر إلى مساهمته في التنمية الاقتصادية، لذلك فأن ارتباط تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي بالتنمية الاقتصادية لم يأت من فراغ، خاصة إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار، إن الحماية التي تؤمنها القواعد الدولية للاستثمار الأجنبي فيها تمدد كبير على سيادة الدولة.

(1) - الرأي المخالف للقاضي " محمد شهاب الدين " في قضية (Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd) ضد ماليزيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 10 / ARB / 05 في 19 / كانون الثاني / 2009

(2) - Perry S. Bechky - Microinvestment Disputes - vanderbilt journal of transnational law - vol. 45 - 2012.

المطلب الثالث

نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية بصيغة عقود حكومية

عرّف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية هذا العقد بأنه (عقد يبرم بين الدولة أو كيان تابع لها، تم تأسيسه بمقتضى قانون تشريعي داخل إقليم الدولة وتناط به سلطة الإشراف على نشاط اقتصادي ما، وبين مواطن أجنبي أو شخص اعتباري يحمل الجنسية الأجنبية) [1].

يُبرز هذا التعريف بشكل واضح طرفي العلاقة التي يقوم عليها العقد حتى يعتبر حكومياً، حيث انه يشير إلى إضفاء الصفة الحكومية على أي عقد من خلال وجود طرف حكومي أو عام في مقابل طرف أجنبي خاص، على أن يكون للطرف الحكومي أو العام في الدولة المتعاقدة سلطة الإشراف على نشاط اقتصادي معين في الدولة، وتم منحها تلك السلطة بموجب القوانين والأنظمة الداخلية في الدولة، بمعنى أن تكون لها سلطة الاحتكار القانوني لهذه الصلاحية دون غيرها.

وغالباً ما تقترن تلك العقود بشروط وبنود تختلف عن العقود التجارية الأخرى، باعتبارها تتعلق بالسياسة العامة للدولة وإدارة المرافق العامة فيها، حيث نجد إن الدولة في الغالب تأخذ فيها بأساليب القانون العام وامتيازاته، من قبيل سلطة الرقابة والتوجيه للمتعاقد معها، وإجراء التعديل على العقد أثناء التنفيذ، وفرض الجزاءات والغرامات المالية، وسلطة فسخ العقد وإنهائه[2].

(1) - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية - العقود الحكومية - سلسلة دراسات بشأن قضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2004 - ص 3.

(2) - لتفاصيل أكثر انظر د. ماهر صالح الجبوري - مبادئ القانون الإداري - دار الكتب للطباعة والنشر - 1996 - ص222 - 246.

ونجـد إن مراعـاة السـلطة التقديريـة للبلـد تتجسـد بأجـلى صورهـا في مجـال التعاقـدات الحكوميـة، حيـث إن النظـام القانـوني الوطنـي يهـدف إلى حفـظ حيـز للسياسـة الوطنيـة [1].

لذلـك فـأن في هـذا النـوع مـن التعاقـدات وإزاء تلـك السـلطات الواسـعة التـي تتمتـع بهـا الدولـة تجاه المتعاقد "المسـتثمر الأجنبـي " تصبح المخاطر التـي يتعرض لها أكـثر مـن غيرهـا مـن العقـود التجاريـة العاديـة، وهـذه المخاطـر هـي بالتأكيد ليسـت مخاطـر تجارية.

وعـلى الرغـم مـن ذلـك فـأن اتفاقيـات الاسـتثمار الدولية سـواء كانـت ثنائية أو إقليميـة أو متعـددة الأطـراف، لا تغطي تلقائيـاً القضايا المتعلقة بالعقـود الحكومية في حالـة عـدم وجـود أحكام محددة بشـأنها، وينطبق ذلـك حتى إذا كان اتفاق الاسـتثمار الـدولي يتضمـن إشـارة إلى معايـير القانـون الـدولي العـرفي، لأن المسـلم بـه عمومـاً، ان ليـس كل انتهـاك لعقـد حكومـي من جانـب الحكومة يسـتتبع تلقائيـاً انتهـاكاً للقانون الـدولي، أو انتهـاكاً لاتفـاق اسـتثمار دولي منطبـق، كـما إن مـن المسـلم بـه عمومـاً، انه لـكي يترتـب مثـل هـذا الأثر عـلى انتهـاك حكومـي ينبغـي أن يرقى مثـل هـذا الانتهاك إلى درجـة الامتنـاع عـن الحكم، أو نـزع الملكية دون تعويض مناسـب، أو انتهاك لاتفاق دولي وافـق بموجبـه الطـرف المضيـف على المسـؤولية الدوليـة عن انتهـاكات الالتزامات التعاقديـة تجـاه مواطنـين من دولـة متعاقدة أخـرى [2].

(1) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية - سياسات الاستثمار الأجنبي المباشر من اجل التنمية - 2003.

(2) - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية - العقود الحكومية - سلسلة دراسات بشأن قضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2004 - ص 8.

مـما تقـدم يتبـين إن العقـود الحكوميـة لا يمكـن أن تدخـل تلقائياً ضمـن فئات الاسـتثمار التـي تشـملها أحـكام الاتفاقيـة الثنائيـة أو الجماعيـة، بمـا في ذلـك الأحـكام المتعلقـة بالحمايـة، ونظـراً لأهميـة تلك العقود وكثرتهـا من جهة، بالإضافـة إلى المخاطر غـير التجاريـة التـي تـرد عليها، فـأن شـمولها بالحماية المقـررة في القانون الـدولي يكون ضروريـاً، ويتـم ذلك بطريقـين مهمين:

أولا: صيغة تعريف الاستثمار الأجنبي

يمكـن القـول إن اسـتخدام تعريـف مناسـب في الاتفاقيـات يمكـن مـن خلالـه توسـيع نطـاق الحمايـة ليشـمل العقـود الحكوميـة، فقـد يـرد في الاتفاقيـة عبـارة " كل نـوع مـن أنـواع الأصـول "، فهـذه العبـارة العامـة تشـمل كافـة التعاقدات التـي تكـون الدولـة المضيفـة طرفـاً فيهـا مـع المسـتثمرين مـن الـدول الأخـرى وتكـون شـاملة للتعاقـدات التـي تـرد في مجـال عقـود الامتيـاز لاسـتغلال المـوارد الطبيعيـة واسـتخراجها [1].

وتـرد عبـارات أكـثر صراحـة للإشـارة إلى أنـواع معينـة مـن تلـك العقـود، فقـد ورد في بعـض الاتفاقيـات عبـارة " الامتيـازات التجاريـة " الممنوحـة بمقتـضى القانـون أو العقـد تشـمل امتيـازات التنقيـب عـن المـوارد الطبيعيـة أو اسـتخراجها أو اسـتغلالها[2].

(1) - من قبيل ما ورد في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وأرمينيا (المادة 1)، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان (المادة 1).

(2) - المادة الأولى (الفقرة 3 / هـ) من اتفاقية رابطة دول جنوب شرق آسيا لتشجيع الاستثمارات وحمايتها المبرمة عام 1987، وما ورد في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان، حيث نصت المادة (1 / 1 / ز) على " العقود مثل الامتيازات والتراخيص والتصاريح ".

ويشـمل مصطلـح "الامتيـازات التجاريـة" [1] فئة واسـعة من العقـود الحكومية، حيـث ينـصرف هـذا المصطلح إلى الامتيـازات التي تمنحهـا الحكومة بموجـب صلاحياتها الحصريـة في مجـالات متعـددة كالنفـط والغـاز والـثروات الطبيعيـة الأخـرى، وأوردت بعـض الاتفاقيـات عبـارة "الامتيـازات التجارية بموجـب القانون العـام " [2].

ويعـرف الامتيـاز في إطـار القانـون العـام بأنـه " إن تعهـد الدولـة باسـتثمار مشروعاتهـا إلى الغـير عـن طريـق منـح هـذا الغير امتيـازاً بالاسـتثمار لمدة معينـة ولقاء شروط محـددة في وثيقـة مكتوبـة" [3]

وكذلـك تـورد بعـض الاتفاقيات عنـد تعريفها للاسـتثمار عبـارة " جميع الحقوق التعاقديـة " وهـي صيغة أكثر شـمولاً للعقـود الحكومية، حيث تغطـي جميع تعاقدات الدولـة سـواء منهـا التـي تقـع في إطـار القانـون العـام أو الخـاص، والتي يمكـن أن تقع ضمـن المفهـوم العـام للاسـتثمار، ومـن الأمثلة عـلى ذلك مـاورد في الاتفاقيـة المبرمة بين الولايـات المتحـدة الأمريكيـة وبوليفيا التي جـاء فيها:

"يقصد بالاسـتثمار أي من الأشـكال التالية: الحقوق التعاقدية مثل عقد تسـليم المفتـاح والإنشـاءات وعقـود إدارة الإنتـاج وعقـود الإنتـاج وتقاسـم الإيـرادات، وعقود الامتيـاز وايـة عقود أخرى مشـابهة"[4].

(1) - إن المقصود بالامتياز - عموماً - هو قيام الدولة بالتنازل عن سلطتها الحصرية بموجب القانون في إدارة واستثمار واستغلال مواردها الطبيعية ومرافقها العامة إلى شخص آخر بموجب عقد أو قرار إداري _ لتفاصيل أخرى عن عقد الامتياز، انظر علي عبد الرزاق الانباري - اثر القانون الدولي العام في تطوير عقود الامتيازات النفطية - الطبعة الأولى - 2010 - ص9 - 20.

(2) - ماورد في المادة (1 / 1 / هـ) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين ألمانيا وغينيا عام 1989.

(3) - د. حسين سلوم - مصدر سابق - ص 36.

(4) - ماورد في المادة الأولى من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية وبوليفيا عام 1998.

ونجـد في التصريـح الواضـح بشـمول هذه الفئة مـن العقود بالحمايـة المقررة في الاتفاقيـة افضـل وسـيلة للحمايـة، بـدلاً من اعتماد عبـارات غير صريحة مـن الممكن ان لا يُغطـي تفسـيرها تلك الانواع مـن العقود.

ثانياً: تدويل العقد

لا يمكـن تحقيـق حمايـة للاسـتثمار الأجنبـي على نحـو كامل إلا بإخضـاع عقود الاسـتثمار للقانـون الـدولي، حيـث إن إعـمال قواعـد هذا القانـون يحقـق للمتعاقد مع الدولـة حمايـة أكيـدة وفعالـة [1]، فتطبيق القانون الـدولي العام على العلاقـة التعاقدية يـؤدي الى تفـادي التغيـيرات التي تقوم بهـا الدولة المتعاقدة لتشريعاتهـا، مما يؤدي إلى الإخـلال بالمراكـز القانونية، وبالتـالي الإضرار بالطرف الأجنبـي المتعاقد[2].

وبذلـك يتـم إخـراج هذه العقود مـن إطار قواعد القانون العام الداخلي المشـبع بمبـادئ السـيادة والسـلطة، إلى إطـار القانـون الدولي العـام، الذي يعتمـد قواعد تبتعد عـن تلـك المبادئ، وتقـترب من تحقيق حماية الاسـتثمار الأجنبي باعتبـاره أداة للتنمية، مـع مراعاة سـيادة الدولة وسـلطتها دون المغالاة فيها.

ويكـون تدويـل العقـد إمـا بشـكل صريـح، أو أن يتم اسـتخلاص ذلـك من بعض الـشروط التـي تـرد في العقـد، باعتبارهـا تعـبر عن رغبة طـرفي العقـد في تدويله.

أ - التدويل الصريح للعقد:

حيـث يـرد نـص صريح في العقد يشـير إلى تطبيق القانون الدولي بشـأنه، ويكون بذلـك قـد قطع بصورة واضحة أي شـك في إمكانية تطبيـق ذلك القانون.

(1) - حفيظة السيد حداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - سنة الطبع 1996 - ص559.

(2) - د. مراد محمود المواجدة - التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2010 - ص 236.

مـن قبيـل مـا ورد في الاتفاقيـات النفطيـة بـين ليبيـا وبعـض الـشركات الأجنبيـة (Liamco) و (Texaco) و (B.p) التـي نصـت عـلى انـه " يخضـع هـذا الامتيـاز ويُفسر وفقـاً للمبـادئ العامـة المشـتركة بـين القانـون الليبـي والقانـون الـدولي، فـأن لم توجـد تطبـق المبـادئ العامـة المشـتركة وفقـاً للمبـادئ العامـة للقانـون، والتـي يدخـل مـن ضمنهـا تلـك التـي تطبقهـا المحاكم الدوليـة "، فصياغة القانـون الواجـب التطبيق تفيد إن العقـد يخضـع ويُفـسر وفقاً للمبادئ المشـتركة بـين القانون الليبـي والقانون الدولي، بحيـث لا يُطبـق القانـون الليبـي إلا بالقدر الذي يتفـق فيه مع مبـادئ القانون الدولي، وفي حـال غيـاب هـذه المبـادئ المُشـتركة فيُرجـع إلى المبادئ العامـة في القانـون، بما فيها المبـادئ التـي يمكـن أن تطبقهـا المحاكـم الدولية [1].

ب - التدويل الضمني للعقد:

ويكـون في الحـالات التـي يفتقـد فيهـا العقـد إلى النـص الصريـح عـلى إخضاعـه للقانـون الـدولي، إلا انـه يـرد فيـه بعـض الـشروط التـي يُمكـن مـن خلالهـا التوصل إلى وجـود نيـة لـدى طرفي العلاقة التعاقديـة بإخضاعه للقانون الـدولي، ومن هذه الشروط التـي تـؤدي لتلـك الدلالة وجـود شرط التحكيـم في العقد.

حيـث يجـد الأسـتاذ (Dupuy) في تحكيـم (texaco) انـه فيـما يتعلـق بالقانون الواجـب التطبيـق عـلى موضـوع النزاع نفسـه، فأن وجـود شرط التحكيم يفيد الإشـارة إلى قواعـد القانـون الدولي[2].

(1) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص137 - 138.

(2) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص141.

كـما إن وجـود شرط الثبـات التشريعـي يعتـبر مـما يدل عـلى وجود نيـة ضمنية باختيـار تطبيـق قواعـد القانون الـدولي على العقد، وهـو ما أخذت به لجنـة المطالبات الأمريكيـة - الإيرانيـة في قضية (Sapphire) [1].

وعـلى الرغـم مـن تلـك الأحـكام، فـأن اتجـاه اتفاقيـة المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار لعـام 1965 لم تأخـذ بذلـك، حيـث اعتـبرت إن الأسـاس في اختيـار القانـون الواجـب التطبيـق يعـود لاختيـار الأطراف، وفي حالـة خلو العقد مـن ذلك يتم اعتـماد قانـون الدولـة الطـرف في النزاع، ثـم مبادئ القانـون الدولي المتعلقـة بالنزاع [2].

وهـذا يعنـي بشـكل واضـح إن وجـود شرط التحكيم في العقـد لا يعني إخضاعه للقانـون الـدولي في حـال وجـود اتفـاق صريح على اختيـار قانون معين، بـل انه حتى في حالـة غيـاب الاتفـاق الصريـح ومـع وجـود شرط التحكيم، فأنـه يتم اللجـوء إلى تطبيق قواعـد قانـون الدولة الطـرف في النزاع.

وهـو مـا نجـده ينسـجم مـع المنطـق ومـع احـترام سـيادة الدولـة، فليـس مـن المنطقـي بمـكان اعتـماد وجـود شرط التحكيـم، الـذي يتـم وضعـه في العقـد لغايـات متعـددة ليسـت جميعهـا تكـون بهـدف إبعـاد تطبيـق القانـون الوطنـي عـلى العقـد، وإنمـا يكـون احيانـاً لتحقيـق السرعة في حسـم المنازعات التـي من الممكن أن تنشـأ بين الطرفـين، أو ربمـا يكـون بهـدف إخضـاع المنازعة لنظـر المتخصصين للبت فيهـا، أو إبعاد النـزاع عـن التأثـير السـلبي لضغـوط الدولـة المباشرة وغـير المباشرة على القضـاء الوطني عنـد نظـر النـزاع ومـا إلى ذلك.

(1) - قضية Sapphire International Petroleum's Ltd ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية - تم التحكيم فيها من قبل المحكم السويسري Pierre Cavin - صدر الحكم بتاريخ 15 / آذار / 1963.

(2) - المادة (42) من الاتفاقية.

عليـه يكـون النـص الصريح على إخضـاع العقد للقانـون الدولي هـو أداة التعبير الحقيقيـة عـن إخضـاع العقـد للقانون الـدولي، وان اسـتخلاص إرادة ضمنيـة من وجود بعـض الـشروط في العقـد لانجدهـا تتناسـب مع المبـادئ الأساسـية للقانـون الدولي وفي مقدمتهـا احترام سـيادة الدولة.

ويمكـن أن يترتـب عـلى الأخـذ بذلك توفير اكبر قـدر ممكن من الحمايـة الدولية للدولـة المتعاقـدة في مواجهـة المسـتثمر الأجنبـي، وذلـك عنـد تطبيـق قانونهـا، طالما لم يتفـق الأطـراف صراحـة عـلى مسـألة الاختصـاص التشريعـي للعقـد المـبرم بينهـم، كـما يترتـب عليـه تضييـق نطـاق اختصـاص هيئـة التحكيـم في تحديـد هـذا القانـون، طالمـا إنهـا تكتفـي بتطبيـق الاختيـار الصريـح للأطـراف دون الخـوض في الإرادة الضمنية عند عـدم وجـود اتفاق صريـح [1].

وعليـه يمكـن القـول إن تعـارض فكـرتي الحمايـة الدوليـة للاسـتثمار الأجنبـي وسـيادة الدولـة تظهـر في أجـلى صورهـا مـن خـلال فكـرة تدويـل العقـد.

حيـث نكـون بمواجهة تزاحم بـين الفكرتين، تجد الأولى في قواعـد القانون الدولي الحديـث الـذي يراعـي بشـكل واضـح تأمـين الحماية للاسـتثمار الأجنبـي باعتبـاره أداة فاعلـة مـن أدوات التنميـة الدوليـة، بينما مازالت فكرة سـيادة الدولة تحتفـظ ببريقها، فـما زال القـول فيهـا نافـذاً ومـا زال احتضـان القانـون الـدولي التقليـدي لهـا امـراً ليس فيـه نزاع.

(1) - د. فوزي قدوري النعيمي ود مظفر جابر - النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - المجلد 3 - العدد 10 - 2011 - ص 4.

ونجـد إن الإرادة الصريحـة لتدويـل العقـد فيهـا مـن الكفايـة لتحقيـق الحماية للاسـتثمار الأجنبـي، خاصـة في التعاقـدات الضخمة التي تمتد لفـترات طويلة مثل عقود التنقيـب عـن النفـط ويمكـن مـن خـلال اتفـاق الطرفـين التوصـل لمثـل هكـذا اتفـاق يضمـن مصالحهـما المتبادلـة، وهـو في ذات الوقـت لا يمـس سـيادة الدولـة التـي تعـبر بصراحـة عـن رضاهـا بقبول إخضـاع العقد للقانون الـدولي، فهو تعبير عن سـيادتها، أما الاسـتنتاج الضمنـي بهـدف تدويـل العقد فلا نجـده ممكناً مـع وجود تلـك الاعتبارات.

وبالرغـم مـن الانتقـادات التـي وجهـت الى تطبيـق القانـون الـدولي العـام عـلى موضـوع النـزاع، الا ان هـذا التدويـل هـو الذي يحقـق الفاعلية الكاملة لعقـود الدولة، حيـث ان اسـنادها الى نظـام قانـوني دولي يجعلهـا بمعـزل عـن التعديـلات والتغيـيرات التشريعيـة التـي تقـوم بهـا الدولة[1].

(1) - د. مراد المواجدة - مصدر سابق - ص 251.

المبحث الثالث

النطاق الزماني والمكاني لحماية الاستثمار الأجنبي

خرجت اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي عن القواعد العامة المقررة في القانون الدولي بشأن نفاذ المعاهدات من حيث الزمان، والمتمثلة في دخولها حيز النفاذ وانتهاء أثرها، وذلك يعود لأسباب تتعلق بأهمية الحماية وأثرها في استقرار الاستثمار الأجنبي، وهو ما نبينه في المطلبين الأول والثاني من هذا المبحث، ونبين في المطلب الثالث نطاق حماية الاستثمار الأجنبي من حيث المكان.

المطلب الأول

نطاق حماية للاستثمارات الأجنبية

التي تمت قبل نفاذ اتفاقية الاستثمار

تبرز أهمية النطاق الزمني للاتفاقية من حيث حماية الاستثمار الأجنبي في حالة حصول نزاع بين المستثمر والدولة المضيفة، فإذا ما تم اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعة، فأن دخول الاتفاقية حيز النفاذ يعتبر عنصراً أساسياً لتحديد اختصاص النظر في المنازعة أو تحديد ما هي الأنشطة الاستثمارية التي يمكن أن تغطيها الاتفاقية بأحكامها من حيث الزمان.

لقد اتجهت العديد من اتفاقيات الاستثمار الدولية الى شمول الاستثمارات التي وقعت قبل دخول الاتفاقية حيز النفاذ [1]، ومنها ما ورد في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان التي نصت على ان " تطبق هذه الاتفاقية على جميع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين القائمة في إقليم الطرف المتعاقد الآخر وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها لذلك الطرف المتعاقد الآخر قبل دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ " [2].

وبذلك تحقق للاستثمارات العائدة للطرفين المتعاقدين، التي تمت قبل نفاذ الاتفاقية [3]، المزايا المقررة فيها، واشترطت الاتفاقية لهذا الغرض أن تكون الاستثمارات قائمة، وتمت وفقاً للقوانين والأنظمة، ولم تُقيدها بمدة زمنية، حيث

(1) - من قبيل ما ورد في اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين اسبانيا والمكسيك لعام 1995.

(2) - المادة (26 / 5) من الاتفاقية.

(3) - تم توقيع الاتفاقية بتاريخ 7 / 6 / 2012، وتكون نافذة بعد ثلاثين يوم من تاريخ تبادل المذكرات الدبلوماسية بين البلدين المتضمنة انجاز الإجراءات القانونية اللازمة لكل منهما لبدء نفاذ الاتفاقية.

إنهـا مـن الممكـن أن تشـمل استثمارات في أي مـن البلديـن قائمة منذ عشرات السـنين، وبذلـك امتـدت الحمايـة بأثـر رجعـي عـن استثمارات امتـدت لفـترات سـابقة طويلة.

وتجيـز اتفاقيـة فينـا لقانـون المعاهـدات هـذا الاسـتثناء بشـكل صريـح " مـا لم يظهـر مـن المعاهـدة قصـد مغايـر أو يثبت خـلاف ذلـك بطريقة أخرى لا تلـزم نصوص المعاهـدة طرفـاً فيهـا بشـأن أي تـصرف أو واقعة تمـت أو أية حالة انتهـى وجودها قبل تاريـخ دخـول المعاهـدة حيـز التنفيذ بالنسـبة لذلك الطـرف "[1].

ويحقـق هـذا الشـمول للاسـتثمارات السـابقة عـلى نفـاذ الاتفاقيـة بالحمايـة المقـررة فيهـا حافـزاً واسـتقراراً اكـبر للاسـتثمارات، حيـث لا يشـعر المسـتثمرون الذيـن دخلـوا الدولـة المضيفـة للاسـتثمار في ظـل بيئـة قانونيـة اقـل حمايـة مـن البيئـة التـي حققتهـا اتفاقيـة حمايـة الاسـتثمار بـأن المزايـا التـي يتمتعون بهـا اقل من المسـتثمرين الجـدد، وبالتـالي تضعف الرغبة في اسـتمرار الاسـتثمار، وهو امرٌ يخلـق تفاوتاً في المراكز القانونيـة لمسـتثمرين يتبعـون دولـة واحـدة ويسـتثمرون في دولـة واحـدة، لذلك بات مـن الشـائع أن يـرد النـص على شـمول الاسـتثمارات السـابقة عـلى دخـول الاتفاقية بما تقـرره مـن حماية.

(1) - المادة (28) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

المطلب الثاني

نطاق حماية للاستثمارات الأجنبية بعد انتهاء اتفاقية الاستثمار

تسعى الدول المتعاقدة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية إلى استمرار حماية الاستثمارات لمدة زمنية أطول من عمر الاتفاقية ذاتها، وذلك بهدف تجنب الآثار السلبية المترتبة على إنهاء الاتفاقية من قبل احد أطرافها قبل حلول موعد انتهائها، بالإضافة إلى إن ذلك يحقق استقراراً اكبر للاستثمارات التي تحتاج مدداً زمنية طويلة، خاصة الاستثمارات في مجال الثروات الطبيعية، كما إنها تؤمن الحماية للاستثمارات التي تدخل للبلد المضيف في المراحل المتأخرة من عمر الاتفاقية المتفق عليه.

نصت اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق وألمانيا " فيما يتعلق بالاستثمارات التي تمت قبل تاريخ انتهاء نفاذية هذه الاتفاقية، فأن أحكام المواد الانفة سيتم العمل بها لمدة عشرين سنة أخرى من تاريخ انتهاء الاتفاقية " [1].

ويختلف تطبيق أحكام الاتفاقية من حيث عدد السنوات التي تبقى فيها سارية بعد انتهائها، بحسب مايتم الاتفاق عليها بين الدولتين المتعاقدتين، فبعض الاتفاقيات تجعلها لمدة (5) سنوات من تاريخ انتهائها [2]، وبعضها لمدة (10) سنوات [3]، أو لمدة (20) سنة [4] وغيرها.

(1) - المادة (الرابعة عشر / 3) من الاتفاقية.

(2) - اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وأرمينيا لعام 2012.

(3) - اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان لعام 2012.

(4) - اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وفرنسا لعام 2010.

وتظهـر أهميـة النطـاق الزمني على حماية الاسـتثمار الأجنبي في حالة انسـحاب الدولـة المضيفـة للاسـتثمار مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة، حيـث إن ذلـك يثير عدة مشـاكل تؤثر سـلباً عـلى الحماية.

ويتجـلى ذلـك في حالتـين، احداهـما حالـة انسـحاب الدولـة مـن اتفاقيـة دوليـة للاسـتثمار، والاخـرى حالـة انسـحاب الدولـة مـن اتفاقيـة دوليـة لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، سـواء كانـت اتفاقيـة واشـنطن أو أي اتفاقيـة أخـرى.

وفي كلتـا الحالتـين يمكـن أن يتحقـق إهدار للحمايـة الموضوعيـة والإجرائية التي كان المسـتثمر الأجنبـي يعـول عليهـا في تأمـين اسـتثماره مـن المخاطـر التـي يمكـن أن يتعـرض لها.

وتُعـد كل مـن الإكـوادور وفنزويـلا ابـرز مثالين على الانسـحاب مـن المعاهدات الدوليـة الثنائيـة للاسـتثمار أو إنهائهـا قبـل فـترة انتهائها المتفـق عليها بحلـول اجلها.

حيـث طلـب الرئيـس الإكـوادوري مـن البرلمـان الإذن بإنهـاء عـدد كبـير مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة [1]، وقد ايـدت الجمعية الوطنيـة الإكوادورية ذلك الطلب باعتبـار أن تلـك الاتفاقيـات تنتهـك الدسـتور الإكـوادوري [2].

(1) - هذه الاتفاقيات مع كل من الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة والصين وفرنسا وهولندا وسويسرا وألمانيا وكندا وفنلندا والسويد

(2) - G. Sourgens - Investment Protection Following the Denunciation of International Investment Agreements - Santa Clara Journal of International Law - vol 11 - issue 2 - p 363.

كما إن فنزويلا بادرت في عام 2008 إلى إنهاء الاتفاقية الثنائية للاستثمار مع هولندا [1]، رغم إن الاتفاقية تنص على نفاذها لفترة أولى تبلغ (15) عاما، وتكون قابلة للتمديد مدة عشر سنوات أضافية، وان الاستثمارات التي تتم بموجبها تبقى متمتعة بمزايا الاتفاقية لمدة (15) سنة بعد انتهاء أمدها المتفق عليه [2].

وكذلك بادرت بوليفيا إلى إنهاء اتفاقية الاستثمار الثنائية بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية.

كما إن ذات الدول الثلاثة المشار إليها قدمت إشعارا للانسحاب من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID [3].

وفي خصوص تلك الحالات وأثرها في قواعد حماية الاستثمار الأجنبي التي وردت في تلك الاتفاقيات التي تم إنهاؤها، تعرض المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى حالتين يمكن الاستفادة منهما لتحديد الآثار المترتبة على ذلك.

الحالة الأولى هي قضية (Rumeli) ضد كازاخستان، وهذه القضية وأن كانت لا تتعلق بإنهاء اتفاقية أو الانسحاب منها، وإنما تتعلق بإلغاء قانون محلي للاستثمار ورد فيه إمكانية اللجوء إلى التحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فأننا نجده ملائما للاستدلال في هذا الخصوص.

---

(1) - تم توقيع اتفاقية الاستثمار الثنائية بين فنزويلا وهولندا في 22 / تشرين الأول / 1991 و دخلت حيز النفاذ في عام 1993.

(2) - المادة (14) من الاتفاقية.

(3) - تقدمت بوليفيا بأشعار الانسحاب في 2 / ايار / 2007، والإكوادور في 6 / تموز / 2009، وفنزويلا في 24 / كانون الثاني / 2012، حيث أجازت المادة (71) من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لأي دولة متعاقدة الانسحاب من الاتفاقية عن طريق تقديم إشعار مكتوب إلى جهة الإيداع ويصبح نافذا بعد مرور ستة أشهر من استلامه.

فقد قام السيد (Rumeli) بإقامة دعوى ضد جمهورية كازاخستان أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مستنداً في إقامة دعواه أمام المركز إلى ماورد في قانون الاستثمار الكازاخي، وقد بينت محكمة التحكيم في المركز اختصاصها في نظر الدعوى رغم إلغاء القانون[1]، حيث بينت المحكمة بأن " قانون الاستثمار الأجنبي وان تم إلغاؤه لا يؤثر في اختصاص المركز، لأن قانون الاستثمار كان نافذاً وفعالاً في جميع الأوقات ذات الصلة بالنزاع، كما إن المادة 6 / 1 من القانون منحت المستثمرين الأجانب حماية من التغييرات السلبية في التشريعات، لمدة عشر سنوات من تاريخ مباشرة الاستثمار، أو طوال مدة العقد إذا كان أكثر من عشر سنوات، إذا كان متعاقداً مع الدولة أو احد أجهزتها المعتمدة " [2].

القضية الثانية هي قضية (Pan American Energy LLC) ضد بوليفيا، حيث قامت الحكومة البوليفية في عام 2009 بتأميم فرع الشركة في بوليفيا، وقدمت الشركة دعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تم تسجيلها بتاريخ 12 / نيسان / 2010، رغم إن بوليفيا انسحبت من اتفاقية إنشاء المركز عام 2007.

(1) - أقيمت الدعوى في عام 2008، وتم إلغاء قانون الاستثمار الكازاخستاني عام 2003.

(2) - قضية (Rumeli Telekom) ضد جمهورية كازاخستان - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 16 بتاريخ 29 / تموز / 2008 - الفقرة 333.

المطلب الثالث

النطاق المكاني لحماية الاستثمار الأجنبي

يتعلـق هـذا النطـاق بالتطبيـق الجغـرافي لقواعـد حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، ويرتبـط ببيـان الحـدود الجغرافيـة التـي يكـون فيهـا الاسـتثمار متمتعـاً بالحمايـة، ولا يثـير تحديـد هـذا النطـاق في العـادة مشـاكل ذات أهميـة كبـيرة.

ان القاعـدة المقـررة في هـذا الصـدد هي ان المعاهـدة اذا أصبحت نافـذة، فأنها تصبـح واجبـة التطبيـق في كافـة الاقاليـم الخاضعة لسـيادة أي من الاطـراف المتعاقدة، مـا لم يُتفـق صراحـة او ضمنـاً عـلى غـير ذلـك [1]، وهـو مـا نصـت عليـه اتفاقيـة فينـا لقانـون المعاهـدات [2].

وعـادةً مـا تُشـير اتفاقيـات حمايـة الاسـتثمار الثنائيـة إلى تحديـد نطـاق تطبيق الاتفاقيـة مـن حيـث المـكان، وذلـك مـن خـلال تعريفهـا لمعنـى الإقليم الـذي تسري في نطاقـه أحـكام الاتفاقية.

فقـد عرفـت اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمار بين العـراق وأرمينيـا " الإقليم " لأغـراض الاتفاقية بأنه:

(1) - د. عبد الكريم علوان - الوسيط في القانون الدولي العام " الكتاب الاول - المبادئ العامة " - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - سنة الطبع 2009 - ص 296.

(2) - تنص المادة (29) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 " تكون المعاهدة ملزمة لكل طرف فيها فيما يتعلق بكامل إقليمه، ما لم يتبين من المعاهدة، أو يثبت بطريقة أخرى وجود نية مغايرة ".

أ - بالنسبة إلى أرمينيا:

الأراضي والمياه الداخلية والمجال الجوي الذي تمارس فيه جمهورية أرمينيا حقوقها السيادية وقوانينها وفقاً للقانون المحلي النافذ والقانون الدولي.

ب - بالنسبة لجمهورية العراق:

الأراضي والمياه الداخلية والبحر الإقليمي، وأي منطقة خارج البحر الإقليمي والتي تعتبر وفقاً للقانون الدولي أو القانون العراقي منطقة تحت سيادة جمهورية العراق وقانونه وفقاً للقانون الدولي [1]، وورد تعريف للإقليم في اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين العراق واليابان [2].

وإذا كان النطاق المكاني لاتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي من الوضوح بمكان، إلا انه من الممكن ان يكون محلاً للنزاع احياناً.

ففي قضية شركة (SGS) ضد الباكستان اثيرت مسالة النطاق المكاني للاستثمار، حيث إن الشركة المذكورة تعاقدت مع باكستان، للقيام بمراقبة وتفتيش وفحص البضائع التي تستوردها باكستان، وقامت لغرض أدائها بالتزامها، بإنشاء مكاتب وتعيين موظفين فيها في موانئ مختلفة حول العالم للقيام بأعمال المراقبة وما يشترطه الاتفاق.

---

(1) - المادة (1 / 6) التعريفات من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق وجمهورية أرمينيا لعام 2012.

(2) - نصت المادة (1 / 5) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان لعام 2012، يعني مصطلح إقليم بالنسبة للطرف المتعاقد " أ - إقليم الطرف المتعاقد، ب - المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري اللتين يمارس عليهما الطرف المتعاقد حقوق السيادة أو الولاية طبقا للقانون الدولي ".

وعنـد عـرض النـزاع عـلى المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، أبـدت باكسـتان اعتراضهـا بأن هذا الاسـتثمار لا يدخـل في نطاق الاتفاقية الثنائية بين سـويسرا وباكسـتان التـي تنـص عـلى أن تشـمل أحـكام الاتفاقيـة، العمليـات الاسـتثمارية التـي تقـع في إقليـم الطرفـين المتعاقديـن [1].

وقـد أبـدت المحكمـة رفضهـا لمـا احتجـت بـه باكسـتان واعتـبرت إن الاسـتثمار يتكـون مـن عمليـات تفتيـش تتم قبل شـحن البضائع إلى باكسـتان، وتسـتكمل نتائجها وإجراءاتهـا مـن خـلال موظفـين يعملـون في الموانـئ الباكسـتانية، وان الاسـتثمار وفقـاً للاتفـاق يمثـل عمليـة متكاملـة، ولا يشـترط فيـه لغـرض تطبيـق الاتفاقيـة مـن حيـث المـكان أن يتـم بجميـع أجزائـه ضمـن إقليـم البلـد المضيـف [2].

ومـن الممكـن أن تكون الدولة مسـؤولة عـن حماية الاسـتثمارات الأجنبية خارج الحـدود الإقليميـة لهـا، حيـث إن القانـون الـدولي يُرتـب المسـؤولية الدوليـة في حـال وجـود سـيطرة فعليـة عـلى إقليـم مُعـين، بغـض النظـر عـن شرعيـة تلـك السـيطرة في القانـون الـدولي، وتُبـين محكمـة العـدل الدوليـة في هـذا الصدد بـأن السـيطرة الفعلية عـلى إقليـم، وليـس السـيادة اوشرعيـة ملكيتهـا، هـي الأسـاس لمسـؤولية الدولـة عـن الأفعـال التـي تؤثـر في دولـة أخـرى [3].

امـا التغيـيرات التـي تحصـل عـلى اقليـم الدولـة كـما في حالـة الضـم والانفصال فـأن عـلى الدولـة الخلـف احـترام حقـوق الافـراد والـشركات الاجنبيـة الممنوحـة لهـم مـن قبـل الدولـة السـلف، باعتبارهـا مـن الحقوق المكتسـبة، ومـن اهم تلـك الحقوق،

(1) - المادة (2 / 1) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سويسرا والباكستان لعام 1995.

(2) - قضية شركة (SGS) السويسرية ضد باكستان - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 13 / 01 / ARB بتاريخ 6 / آب / 2003.

(3) - فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا رغم قرار مجلس الأمن رقم 276 لسنة 1970 - الفتوى صدرت بتاريخ 21 / حزيران / 1971.

الامتيـازات، والتـي يُـراد بهـا العقـود المبرمـة بـين السـلطة العامـة التـي تمنـح هـذه الامتيـازات وبـين المسـتثمرين، حيـث يجـب احترامهـا وعدم الغائهـا او تعديلهـا، الا اذا كانـت تلـك الامتيـازات تتعـارض مـع مصالـح الدولـة الخلـف او نظامهـا العـام (1).

(1) - د. مها محمد ايوب - اثر خلافة الدول في المعاهدات الدولية - منشورات بيت الحكمة - سنة الطبع 2011 - ص 162.

المبحث الرابع

امتداد نطاق حماية الاستثمار الأجنبي بموجب اشتراط اتفاقي

يتـم توسـيع نطـاق حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي وفقـاً لآليـة تعتمـد في تطبيقهـا وبيـان مضمونهـا عـلى اتفاقيـات أو قوانـين أو عقـود خـارج نطـاق الاتفاقيـة، حيـث يتوسـع نطـاق الحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي اسـتناداً إلى شرط يـرد في الاتفاقيـة يتـم بموجبـه اسـتيعاب قواعـد ونصـوص للحمايـة مقـررة خـارج أصـل الاتفاقيـة واعتبارهـا قواعـد وردت فيهـا، ويترتـب عليـه إن أي انتهـاك للحمايـة المقـررة في تلـك الوثائق تُعد انتهـاكاً للاتفاقيـة ذاتهـا، وهـو مـا يوسـع مـن نطـاق حمايـة الاسـتثمار الأجنبي بشـكل واضح.

وسـنبحث في هـذا الخصـوص شرط الدولـة الأولى بالرعايـة وشرط المعاملـة الوطنيـة وشرط المظلـة، ثـم نبـين شرط الثبـات التشريعـي.

المطلب الأول

شرط الدولة الأولى بالرعاية

إن معاملـة الدولـة الأولى بالرعايـة تُعتـبر ركنا أساسـيا في السياسـة التجارية على مـدى عـدة قـرون، حيـث يعـود تاريخـه إلى القـرن الثـاني عـشر، وشـهد انتشـاراً كبـيراً لاسـتخدام هـذا الـشرط مـع انتشـار التجـارة في القرنين الخامـس عشر والسـادس عشر، وفي اتفاقيـات الولايـات المتحـدة الأمريكيـة اسـتخدم هـذا الـشرط لأول مرة عـام 1778 مـع فرنسـا [1]، أمـا في الفـترة مـن 1800 - 1900 اسـتخدم هـذا الشرط كثـيراً في مختلف الاتفاقيـات، لاسـيما في اتفاقيـات الصداقة والتجـارة والملاحة، وامتد بشـكل واضح وكبير الى اتفاقيـات الاسـتثمار الدولية.

ويُعـرف بأنـه " شرط تلتـزم بموجبـه الـدول المتعاقدة بأن تمد للمسـتفيد منه، في المجـال المتفـق عليـه، مزايـا مماثلة لتلـك التي تمنحها للأكـثر رعاية بين الـدول الغير" [2].

وإذا كان تطبيـق الـشرط عـلى المزايا والمعاملـة التفضيليـة، التـي تـرد في الاتفاقيـات مـع الأطـراف الثالثـة، من الوضوح حتـى في الحالات التي يرد فيها الاسـتثناء مـن التطبيـق أو تقييـد النطـاق، إلا أن أكـثر مسـألة تتعلـق بحمايـة الاسـتثمار الأجنبي أثـارت الجـدل بشـأنها، هـي مسـألة مـدى إمكانيـة تطبيق الشرط على وسـائل تسـوية المنازعات.

---

(1) - تم توقيع هذه الاتفاقية في 6 / كانون الثاني / 1778 باسم اتفاقية الصداقة والتجارة والملاحة.

(2) - د. هادي نعيم المالكي - شرط الدولة الأولى بالرعاية - منشورات زين الحقوقية - الطبعة الأولى - 2011 - ص 17.

فمـن الواضـح إن مسـألة تنظيـم قواعـد تسـوية النزاعـات تدخـل في إطـار الموضوعـات السـيادية التي تختـص الدولة في تحديد آلياتها وكيفيتهـا ونظامها القانوني، هـذا مـن جهـة، ومـن جهـة ثانيـة إن موضـوع شرط الدولـة الأولى بالرعايـة يتعلـق " بمعاملـة " أفضـل يتـم منحهـا للمسـتثمر أو الاسـتثمار مـن قبـل طـرف ثالـث يمكـن لمسـتثمري أي مـن الطرفـين المتعاقديـن الاسـتفادة منهـا في حـال الاتفـاق عـلى الشرط، وهـو مـا يثـير مسـألة مـدى اعتبار وسـائل التسـوية تتعلـق بـ " معاملة " الاسـتثمار أم هـي قواعـد إجرائيـة تتعلـق بحسـم الخلافـات ؟

بـدءً يجـب الإشـارة إلى إن الموقـف مـن امتـداد شرط الدولـة الأولى بالرعايـة إلى مسـائل الولايـة القضائية، كان في السـابق وبشـكل مطلـق لا يجيز ذلـك، ومنها الأحكام التـي صـدرت في قضيـة شركـة النفـط الانكلـو إيرانيـة ومـا صـدر عـن لجنـة المطالبـات المختلطـة بـين بريطانيـا وفنزويلا، كـما لا يوجد أي تأييد لذلك في كتابـات خبراء القانون الـدولي قبل قضيـة Maffezini [1].

امـا في الوقـت الحـاضر فـأن الاجابـة عـن التسـاؤل اعـلاه قـد اتخـذت اتجاهـين مختلفين :

- **الاتجاه الأول /**

أن يـرد شرط الدولـة الأولى بالرعايـة بصيغـة اللفـظ العـادي ضمـن بنـود الاتفاقيـة حيـث يقـوم هـذا الاتجـاه عـلى الاسـتدلال بمـا ورد في الفقـرة (1) مـن المـادة (31) بـأن تفـسر الاتفاقيـة وفقـاً للمعنـى العـادي لألفاظهـا وفي ضـوء الغـرض منهـا[2]،

(1) - Zachary Douglas - The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails - Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1 - 2011 - p 101.

(2) - تنص المادة المذكورة " تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها ".

أي انه لا يتوقف تفسير النص على المعنى العادي للفظ الوارد فيها بمعزل عن الغرض والغاية التي من اجلها تم إبرام الاتفاقية الأساسية، ذلك إن المعنى لأي بند في الاتفاقية لا يتم بصورة دقيقة مالم يتم النظر إليه في الإطار العام للهدف الذي تنشده.

إن الغرض النموذجي للأحكام الموضوعية الواردة في الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار هو قيام أطرافها بتشجيع الاستثمار وحمايته، وعليه أي تناقض في النص، يجب أن يفسر لتشجيع وحماية الاستثمار [1].

وتُعد قضية Maffezini تطبيقاً مهماً لهذا الاتجاه، وتتلخص القضية بأن المستثمر الأرجنتيني (Emilio Agustin Maffezini) قد استثمر في احدى المؤسسات الاسبانية لصناعة وتوزيع المنتجات الكيمياوية في مدينة (Galicia)، ونتيجة لنشوب خلافات بينه وبين المؤسسة الاسبانية بشأن الأعمال، قام برفع مطالبة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بشأن ذلك، اعترضت اسبانيا على اختصاص المركز الدولي بنظر النزاع ذلك إن الاتفاقية المبرمة بين الأرجنتين واسبانيا اشترطت أن يتم اللجوء إلى المحاكم المحلية التي منحها فرصة للتعامل مع النزاع لمدة (18) شهراً قبل إحالته إلى التحكيم، وان المدعي لم يستوف ذلك الشرط، إلا إن المستثمر (Maffezini) استند في مطالبته إلى الاتفاقية المبرمة بين (اسبانيا وتشيلي) التي كانت تخلو من هذا الشرط، باعتبار إن ذلك يحقق معاملة أفضل مما هو وارد في الاتفاقية بين (اسبانيا - الأرجنتين) طبقاً لشرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه فيها [2]، وجدت محكمة

(1) - Stephanie L. Parker - The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties - The arbitration brief - 2012 - Vol 2 - issue 1 - p53.

(2) - نصت المادة الرابعة / 2 من الاتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين اسبانيا والأرجنتين المبرمة في 3 / تشرين الأول / 1991 على " في جميع المسائل الخاضعة لهذا الاتفاق، يجب أن لا تكون المعاملة اقل تفضيلاً من معاملة أي طرف من الطرفين لاستثمارات المستثمرين في إقليمها من دولة ثالثة ".

التحكيم بأنه " إذا كانت اتفاقية الطرف الثالث تتضمن أحكاما لتسوية المنازعات تكون أكثر ملاءمة لحماية حقوق المستثمر ومصالحه من المعاهدة الأساسية، مثل هذه الأحكام يمكن توسيع الاستفادة منها طبقاً لشرط الدولة الأولى بالرعاية "، كما بينت المحكمة بأنه " على الرغم من إن المعاهدة الأساسية لم تشر صراحة الى شمول الشرط لتسوية المنازعات، فأن المحكمة ترى إن هناك أسبابا وجيهة لاستنتاج إن ترتيبات تسوية النزاع اليوم ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية المستثمرين الأجانب، مثلما ترتبط به حماية حقوق التجار بموجب معاهدات التجارة [1].

لقد ذهب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في هذه القضية إلى اعتبار إن " ترتيبات تسوية منازعات الاستثمار ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية المستثمرين الأجانب "، وكذلك تم الأخذ بهذا التوجه في قضية أخرى وهي قضية شركة (Siemens) ضد الأرجنتين [2]، وبذلك يكون المركز قد تبنى في تلك القضية هذا الاتجاه وان لم يشر إليه صراحة في الاستنتاجات التي سبقت إصدار القرار، وإنما اعتبر بحسب ماذكرنا إلى إن تسوية المنازعات جزء أساسي ومهم في حماية الاستثمار الأجنبي، وهي حقيقة لا يمكن إنكارها أو تجاهلها.

وقد يرد الشرط بصياغة أوسع، وتتمثل الصياغة الأوسع للشرط بإدراج عبارة " معاملة لا تقل تفضيلاً " من التي يقدمها الأطراف الثالثة.

(1) - مطالبة (MAFFEZINI) ضد اسبانيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية رقم ARB / 97 / 7 بتاريخ 9 / تشرين الأول / 2000.

(2) - مطالبة شركة (Siemens) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية رقم ARB / 02 / 8 بتاريخ 3 / آب / 2004.

ومنهـا مـاورد في اتفاقيـة تشـجيع وحماية الاسـتثمار بـين العـراق واليابان، حيث نصـت " عـلى أي طـرف متعاقـد في إقليمـه منح مسـتثمري الطرف الآخر واسـتثماراتهم معاملـة لا تقـل رعايـة عـن تلـك المعاملـة التـي يمنحهـا في ظـروف مماثلـة لمسـتثمري طـرف غـير متعاقـد ولاسـتثماراتهم فيـما يتعلق بالأنشـطة الاسـتثمارية " [1].

في تلـك الحالـة ينبغـي تفسـير الـشرط من خلال تحديـد عبارة " المعاملـة " التي تضمنتـه، فيـما إذا كانـت تنطوي على المسـائل المتعلقة بتسـوية المنازعات.

يذهـب البعـض إلى إن مفهـوم " المعاملـة " يُراد به النظـام القانوني المنطبق على الاسـتثمار الأجنبـي بمجرد قبولها من الدولـة المضيفة " [2].

وعليـه فـأن تلـك العبـارة بمقتـضى معناهـا العـادي تكـون شـاملة للمسـائل الموضوعيـة والإجرائيـة، باعتبـار إن ذلـك مـما يدخـل في نطـاق المعاملـة التـي يتلقاهـا الاسـتثمار.

واسـتناداً لمـا ورد في اتفاقيـة فينـا، فأنـه لا يمكـن الخـروج عـن المعنـى العـادي للألفـاظ إلا بقرينـة، كونهـا تشـير إلى أن تفـسر وفقـاً للمعنـى العـادي لألفاظهـا.

لذلـك لا يمكـن اسـتبعاد تطبيق الـشرط في المسـائل المتعلقة بتسـوية المنازعات، إذا ورد بهـذه الصيغـة، إلا أن يُنـص صراحـة عـلى اسـتبعادها من نطـاق التطبيق.

- **الاتجاه الثاني /**

ويسـتند إلى إن نوعـاً معينـاً مـن الاتفاقيـات، يـرد فيهـا شرط الدولـة الأولى بالرعايـة في صيغـة محـددة متضمنـاً قائمـة معينـة للمسـائل والامتيـازات التـي يمكـن أن يشـملها هـذا الـشرط، وتـرد هـذه القائمـة بصيغـة المثـال، وليسـت قائمـة حصريـة،

(1) - المادة (4 / 1) من الاتفاقية.

(2) - Stephanie L. Parker - ibid - p 45.

فمثـلا الاتفاقيـة بـين ألمانيـا وتايلانـد أوردت قائمة غـير حصرية مباشرة بعـد عبارة شرط الدولـة الأولى بالرعايـة وهـو ما يشـير بوضوح إلى المسـائل التي يشـملها الشرط.

إن الاتفاقيـة أوردت نمـاذج تتعلق بـشراء المواد والوقود ووسـائل الإنتاج وإعاقة منتجـات معينـة في السـوق ومـا يماثلهـا مـن مسـائل [1]، فأنـه مـن الواضـح في هـذه الحالـة إن تسـوية المنازعـات لا تنتمـي إلى هـذه الفئة من الموضوعـات المتعلقة مباشرة بالإنتـاج ومتطلباتـه وتسـويقه ويجـب قـراءة القائمـة بشـكل يتـلاءم وينسـجم مـع مـا أوردتـه مـن أمثلة.

وتسـلك بعض الاتفاقيات سـلوكاً صريحاً بشـأن الشرط، وذلك لقطع أي تفسـير لا ترغـب فيـه، فمـن الاتفاقيـات من يشـمل صراحـة تطبيق الـشرط على تسـوية المنازعات [2]، أو تشـير صراحـة عـلى عدم انطباق النص على مسـألة تسـوية المنازعـات [3].

وقـد وجـدت محكمـة التحكيـم في قضيـة (Salini) إن الـشرط الـوارد في الاتفاقيـة جـاء بـكل ضيـق، حيـث إن الاتفاقيـة المبرمـة بـين ايطاليـا والأردن أوردت المسـائل التـي يشـملها الـشرط بصـورة واضحـة [4]، وعليـه خلصـت المحكمـة إلى انـه

(1) - تنص المادة الثالثة في الفقرة (2) من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين ألمانيا وتايلاند لعام 2002 " تتحدد المعاملة في القيود على شراء المواد والطاقة والوقود أو أي نوع من وسائل الإنتاج وإعاقة منتوج معين في السوق أو أي تدابير أخرى ذات آثار مماثلة ".

(2) - ماورد في الفقرة (3) من المادة (3) من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين المملكة المتحدة واثيوبيا المبرمة 19 / تشرين الثاني / 2009، التي نصت " باستثناء ماينص على خلاف ذلك، ومن اجل تجنب الشك، فأن المعاملة الواردة في الفقرتين (1) و (2) ينطبق على أحكام المواد من 1 - 10 " حيث إن الفقرتين (1، 2) تتعلقان بشرط الدولة بالرعاية، والمادة (8) جاءت بصدد تسوية المنازعات.

(3) - ماورد في المادة (88 / 2) من اتفاقية الشراكة الاقتصادية بين اليابان وسويسرا التي نصت على " يجب أن يفهم إن المعاملة الواردة في الفقرة (1) لا تشمل المعاملة الممنوحة للمستثمرين والاستثمارات من قبل أي طرف آخر فيما يتعلق بأحكام تسوية المنازعات "

(4) ورد في المادة (3) الفقرة (4) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين المملكة الأردنية الهاشمية وجمهورية ايطاليا الموقعة في 21 / تموز / 1996 " تمنح جميع النشاطات المتعلقة بتوفير وبيع ونقل المواد =

لا يمكـن الاسـتجابة لمـا يطلبـه المدعـي مـن أن تكـون تسـوية المنازعـات أكـثر تفضيـلاً اسـتنادا إلى مـاورد في الاتفاقيـات المبرمة بـين الأردن والولايات المتحـدة الأمريكية أو بين الأردن وبريطانيـا وفقـاً لـشرط الدولـة الأولى بالرعاية (1).

يمكـن القـول إن توجهـات محاكـم التحكيـم بشـأن تطبيـق الـشرط فيـما يخـص تسـوية المنازعـات جـاءت متباينـة وغير مسـتقرة، حيث أخذت إحـدى محاكم التحكيم في قضيـة أخـرى باتجـاه متعـارض مـع مـا ذهبـت إليـه محكمـة التحكيـم في قضيـة (Maffezini)، حيـث قـررت المحكمـة انـه لا يمكن اعتـماد الشرط فيما يتعلق بتسـوية المنازعـات (2)، عـلى الرغـم من إن هذه القضيـة جاءت لاحقة لقضيـة (Maffezini) ولم تتـبنَّ الاتجـاه الذي سـبقها، بالإضافـة إلى إن المعاهدة بين دولة المدعـي والدولة المدعى عليهـا في هـذه القضيـة لم تتضمـن تحديـداً للمسـائل التـي يتـم تطبيـق الـشرط عليها، مثلـما وجدنـا ذلك في قضيـة (Salini).

ويجـد البعـض ان تفسـير احكام الدولـة الاولى بالرعاية يختلـف في كل حالة عن الاخـرى، كونـه يعتمد اساسـا عـلى نية الاطـراف في كل معاهدة (3).

= الخام والمصنعة والطاقة والوقود ووسائل الإنتاج في أرض كل من الدولتين المتعاقدتين معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة للأنشطة ذاتها المقامة من قبل مستثمرين من الدولة المتعاقدة المضيفة أو مستثمرين من دول ثالثة ".

(1) - انظر مطالبة (Salini Construttori & Italstrade) ضد المملكة الأردنية الهاشمية التي نظرها المركز الدولي لتسوية المنازعات (ICSID) القضية رقم ARB / 02 / 13 - القرار الصادر بتاريخ 29 / تشرين الأول / 2004.

(2) - قضية (Plama Consortium Limited) ضد بلغاريا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية المنازعات (ICSID) القضية رقم ARB / 03 / 24 بتاريخ 8 / شباط / 2005 - الفقرة 227.

(3) - James Harrison - the international law commission and the development of international investment law - the George Washington International Law Review - Vol. 45 - 2013 - p429.

إزاء هـذا التعـارض في مواقـف محاكـم التحكيـم، ولأثـره المهـم في حقـوق المسـتثمرين الأجانـب نأمـل في المسـتقبل القريـب أن تقـوم لجنـة القانـون الـدولي بتحديـد موقـف واضـح من تطبيـق هذا الـشرط وبيان محتـواه ومضمونه فيـما يتعلق بموضـوع الاسـتثمار الأجنبـي عمومـاً، وإمكانيـة تطبيقه فيـما يتعلق بتسـوية المنازعات إذا كان يحقـق ميـزة حمايـة أفضـل [1].

(1) - شرط الدولة الأولى بالرعاية من بين الموضوعات التي تعكف على دراستها لجنة القانون الدولي في الوقت الحاضر.

المطلب الثاني

شرط المعاملة الوطنية

أخذت اتفاقيات الاستثمار بشرط المعاملة الوطنية، باعتباره من الاشتراطات التي تضمن التمتع بالمزايا التي تقررها القوانين الوطنية للبلد المضيف، ومن ذلك ما ورد في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان التي نصت " على أي طرف متعاقد في إقليمه منح مستثمري الطرف المتعاقد الآخر واستثماراتهم معاملة لا تقل رعاية عن تلك المعاملة التي يمنحها في ظروف مماثلة لمستثمريه واستثماراتهم " [1].

ويقصد بها أن تتعهد دولة بأن تقر لأموال واستثمارات مواطني الدولة المتعاهدة الأخرى، وكذلك أموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية هذه الأخيرة نفس الحماية المقررة لاستثمارات وأموال مواطني الدولة الأخرى وشركاتها وذلك بمقتضى التشريعات الداخلية في الدولة المذكورة [2].

اذن فالمعاملة الوطنية هي قاعدة قانونية اتفاقية تلتزم بموجبها الدولة المضيفة منح المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفضيلا عن المعاملة الممنوحة للمستثمرين الوطنيين. وبالتالي، يتمتع المستثمر الأجنبي بشروط المنافسة نفسها التي يتمتع بها المستثمر الوطني في سوق البلد المضيف، لذا لا تعد المعاملة الوطنية مبدأ عاماً للقانون بل تمثل قاعدة قانونية، مثلها مثل بند الدولة الأولى بالرعاية، وذلك يعني من الناحية القانونية، أنه في حال عدم ورودها في نص مكتوب، فإن الدولة غير ملزمة بتطبيقها ولا تُحاسب على ذلك دوليا.

(1) - المادة (3) من الاتفاقية.

(2) - د. هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 208.

مـن ناحيـة أخرى، تُعد المعاملة الوطنية قاعدة نسـبية، قد يرتبط محتوى القاعدة بالمعاملة الممنوحة للمسـتثمرين الوطنيين. وبالتالي، يسـتوجب معرفـة محتواها بالمقارنة بين المعاملة الممنوحة للمسـتثمرين الأجانب بتلك الممنوحة للمسـتثمرين الوطنيين.

وتهـدف المعاملـة الوطنيـة إلى عدم التمييـز، مثلها مثل بند الدولـة الأولى بالرعاية وخلافـاً للمعاملـة العادلة والمنصفة، بين المسـتثمرين الأجانب والمسـتثمرين الوطنيين [1].

إن معيـار المعاملـة الوطنيـة يتطلـب أن تعامـل الدولـة المضيفـة المسـتثمرين الأجانـب معاملـة لا تقـل عـن معاملة المسـتثمرين الوطنيـين الذين هم في وضع مشـابه، ويتـم تحديـد مضمون معاملـة الأجنبي وفقا للمعاملة التي يتلقاها المسـتثمر الوطني في حالـة مشـابهة، والهـدف منه هـو تحييد ميل الحكومـات لحماية أو تفضيل المسـتثمرين المحليـين عـلى حسـاب المسـتثمرين الأجانب، وبالتـالي يمنع هـذا الالتزام الدولـة المضيفة مـن التمييـز ضـد المسـتثمرين الأجانب على أسـاس الجنسـية، ولكن هذا المعيـار لا يقدم مـن جهـة أخـرى أي حمايـة إذا تـم التعامل معهـم على نحـو سيء[2].

إن أكـثر مـا يعـاب عـلى شرط المعاملـة الوطنيـة، وخاصـة فيـما يتعلـق بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، انـه من الممكـن أن لا يوفر الحماية اللازمة والكافيـة في الحالات التي يكـون فيهـا حمايـة الاسـتثمار في التشريع الوطني للبلـد المضيف دون قواعـد الحد الأدنى المقـررة في القانـون الـدولي، إذا مـا أخذنـا بنظـر الاعتبـار إن الدولـة المضيفـة لهـا الحرية في تنظيـم الاسـتثمار وحمايتـه بموجـب تشريعاتها الداخليـة، دون أن تكون مسـؤولة عن مستوى الحمايـة الـذي تؤمنه للاسـتثمارات الأجنبية، ومن ناحية أخـرى نجد إن مضمون الحـد الأدنى لمعاملة الاسـتثمار الأجنبـي المقرر في القانون الدولي العرفي، ارتفع في مسـتواه كثـيراً، في حـين مازالـت بعـض الـدول تحتفـظ بتشريعاتهـا السـابقة في هـذا الصـدد دون تعديل.

(1) - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010 - ص 79.

(2) - Anatole Boute - ibid - p 510.

المطلب الثالث

شرط المظلة

يـرد في بعـض اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة، شرط يتعلـق بإلـزام الدولـة المضيفة باحـترام التزاماتهـا التعاقديـة تجـاه المسـتثمرين مـن الطـرف الآخـر، وتـرد صياغـة الـشرط بطريقـة متقاربـة عـلى النحـو الآتي: " عـلى كل طرف متعاقـد التقيد بـأي التزام يكـون قـد ابرمـه فيـما يتعلـق باسـتثمارات المواطنـين أو الـشركات المنتمـين إلى الطرف الآخر " [1].

ويذهـب بعـض الفقـه الـدولي إلى إن إيـراد مثـل هـذه الأحـكام تحمـي حقوق المسـتثمر التعاقديـة مـن أي تدخـل قـد يتـأتى من مجـرد الإخـلال بالعقد أو مـن أفعال إداريـة أخـرى أو تشريعيـة، ويـدرج أيضـا في معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة بغيـة تـلافي عـدم التيقـن في القانـون الـدولي العـام بشـأن مـا إذا كانـت أوجـه الإخـلال بالعقد تلك تمثـل انتهـاكاً للقانون الـدولي [2].

وتظهـر أهميـة هـذا الـشرط في إن الاختلاف بـين النزاع الـدولي والنـزاع الداخلي الـذي تكـون الدولـة المضيفـة للاسـتثمار الأجنبـي طرفـاً فيـه، يعتـبر مـن المسـائل الجوهريـة في ترتيـب أثـار مسـؤولية الدولـة، فالنـزاع الـدولي يقوم على أسـاس مخالفة الدولـة لالتزاماتهـا الدوليـة بصـدد الاسـتثمار، أمـا النـزاع الداخـلي فيكـون بمخالفـة

(1) - نموذج معاهدة الاستثمار الثنائية للمملكة المتحدة لعام 1991 المادة 2 / 2، ونموذج معاهدة الاستثمار الثنائية للدانمارك لعام 2000 المادة 2 / 3 ونموذج معاهدة الاستثمار الثنائية للسويد لعام 2002 المادة 2 / 4.

(2) - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية - العقود الحكومية - سلسلة دراسات بشأن قضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2004 - ص 15.

الدولـة المضيفـة لالتزامهـا التعاقـدي ومن المؤكـد إن حماية الاسـتثمار الأجنبي تكون في مرتبـة أعـلى إذا مـا أخضعت جميع التزامـات الدولة التعاقدية للقانـون الدولي، وإذا ما تـم اعتبـار انتهـاك العقد بمثابة انتهـاك لمعاهدة حماية الاسـتثمار الدولية.

لذلـك سـعت الـدول إلى تضمـين اتفاقياتهـا الدوليـة لحمايـة الاسـتثمار شرطـاً توجـب فيـه عـلى الدولـة المتعاقدة الأخرى احترام مـا تتضمنه عقودها مع المسـتثمرين مـن مواطنيهـا، وعُـرف هـذا الشرط بــ" شرط المظلـة " [(1)].

ويبـدو إن الاهتـمام بهـذا الشرط لأهميته، ترافق مع أول اتفاقية اسـتثمار ثنائية دوليـة، فنجـده قـد تضمنتـه اتفاقيـة حمايـة وتشـجيع الاسـتثمار بـين ألمانيا وباكسـتان لعام 1959 [(2)].

وقـد أخذت بهذا الشرط اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمار بـين العراق واليابان حيـث نصـت " عـلى كل مـن الطرفـين المتعاقديـن مراعـاة أي التـزام يكـون طرفـاً فيـه خاصاً بالاسـتثمارات والأنشـطة الاسـتثمارية لمسـتثمري الطـرف المتعاقد الآخـر " [(3)].

إن صياغـة هـذا الـشرط في شـكلها لا تخـرج عـن صياغـة المبـدأ العـام في إن العقـد شريعـة المتعاقديـن وقدسـية العقـود، ولكـن هـذا الـشرط في حقيقتـه، إذا اخُـذ بالمعنـى الحـرفي، يكـون لـه اثـار مخيفـة بالنسـبة للدولـة المضيفـة، فهـو بالفعـل، يرفع وبصـورة شـبه آليـة، كل انتهـاك لعقـد عـلى مسـتوى انتهـاك للمعاهـدة، كونهـا تقـضي هـي نفسـها بوجـوب احـترام العقـد، وهكذا، فأن هـذه البنـود هي ابعد مـن أن تكون تكـراراً غـير مفيـد للمبـدأ العـام الـذي يقـضي بـأن التعهـدات ملزمـة لمـن تعهـد بهـا "

(1) - يطلق عليه ايضاً تسميات أخرى مثل " شرط المرآة " و " التأثير الموازي " و " المصعد ".

(2) - المادة (7) من الاتفاقية.

(3) - المادة (5 / 3) من الاتفاقية.

العقـد شريعـة المتعاقديـن "، حيـث إنهـا تضـع العقـد مبـاشرة تحت حمايـة المعاهدة الثنائيـة الخاصة بالاسـتثمارات [1].

ولـو رجعنـا الى القضايـا المنظـورة مـن قبـل المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، نجـد ان اول إشـارة إلى " شرط المظلـة " جـاءت في قضيـة (FEDAXN.V) [2] ضـد فنزويـلا، إلا انـه لم يتـم بحـث هـذا الشرط في هـذه القضية بصـورة معمقة من قبـل المحكمـة [3].

ولكـن في قضايـا لاحقـة نظرهـا المركز، تـم بحث هذا الـشرط بصورة أكـثر عمقاً، فقـد أثـيرت مسـألة حمايـة حقـوق المسـتثمر مـن خـلال اللجـوء إلى تسـوية المنازعات التـي تنشـأ بينـه وبين الدولـة المضيفة بالاسـتناد إلى شرط المظلة بهدف اسـتيفاء شروط التحكيـم الـواردة في اتفاقية الاسـتثمار الدولية، واسـتبعاد شرط تسـوية المنازعات الوارد في عقـد الاسـتثمار محـل النـزاع، وهـو مايمثـل حمايـة لحقـوق المسـتثمر، خاصـة إذا مـاكان العقـد يحيـل تسـوية النـزاع إلى القضـاء في البلـد المضيف أو إلى وسـائل تسـوية محليـة أخرى.

---

(1) - بيار ماري دوبوي - القانون الدولي العام - منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 2008 - ترجمة محمد عرب صاصيلا وسليم حداد - ص 778.

(2) - قضية (FEDAXN.V) ضد جمهورية فنزويلا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. القضية رقم ARB / 96 / 3 بتاريخ 9 / آذار / 1998.

(3) - Yannaca Small K - Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements - OECD Working Papers on International Investment - 2006. p 15.

ففـي قضيـة شركة (SGS) السـويسرية ضد الفلبـين، اقامت هـذه الشركة دعوى أمـام المركز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار، مسـتندة في إقامتها أمـام المركز المذكور إلى الـشرط الـوارد في اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة المبرمـة بـين الطرفـين، في حـين نجـد إن العقـد المـبرم بـين الشركـة والحكومـة الفلبينيـة يشـير إلى إن لمحاكم الفلبـين دون غيرها اختصـاص النظـر في المنازعات الناشـئة عـن العقد.

وجـدت محكمـة التحكيـم إن شرط المظلـة الـوارد في اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائية بـين البلديـن يخولها مـن حيث المبدأ النظـر في المنازعة، واعترضـت المحكمة على القول بـأن الـشرط لا يوفـر سـوى حمايـة مـن " المرتبـة الثانيـة "، واعتـبرت إن الـشرط " يعني مايقـول "، إلا إن محكمـة التحكيـم لم تنظـر في القضيـة باعتبـار إن الطرفـين قـد اتفقـا عـلى عـرض منازعاتهـا بشـأن العقـد على محاكـم الفلبين حـصراً [1].

إن مـا أشـارت إليـه المحكمـة مـن امتـداد ولايتهـا للنظـر في أي إخـلال من جهة الحكومـة في تعاقداتهـا اسـتناداً إلى شرط المظلـة، باعتبـاره يمثل إخلالا بالتزام أسـاسي في معاهـدة الاسـتثمار الثنائيـة، فأنه يمثل حماية أوسـع لحقوق المسـتثمرين تجـاه انتهاك الدولـة لالتزاماتهـا في العقـود الحكوميـة تجاههـم مـن خـلال إمكانيـة نظـر موضـوع الخـلاف من خـلال محاكـم التحكيـم الدولية.

ومـما يجـدر ذكـره إن محكمة التحكيم في قضية (SGS) ضد باكسـتان لم تسـتند إلى شرط المظلـة لعقـد اختصاصهـا، رغـم إن الاتفاقيـة الثنائيـة بـين باكسـتان وسـويسرا تضمنـت هذا الـشرط [2].

(1) - قضية SGs)) ضد الفلبين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB 6 / 02 / في 29 / كانون الثاني / 2004 - الفقرة (92 / b).

(2) - قضية (SGS) السويسرية ضد باكستان - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 13 / 01 / ARB بتاريخ 6 / آب / 2003.

ولكـن عنـد مراجعـة الأحـكام اللاحقـة، نجدهـا تؤيـد مـا ذهبـت إليـه محكمة التحكيـم في قضيـة (SGS) ضـد الفلبـين، وتعـارض مـا ذهبـت إليـه في قضيـة (SGS) ضـد باكسـتان، ومـن بـين تلـك الأحـكام ماصـدر في قضيـة (EUREKO) حيـث وجـدت المحكمـة " إن التحليـل السـابق للمحكمـة في قضيـة SGS ضـد الفلبـين، وهي القضيـة التـي كان مـن بـين أعضائهـا الأسـتاذ المتميـز كرافـورد، هـو أكـثر إقناعـا، ومـع الاحـترام لأعضـاء المحكمـة في قضيـة SGS ضد باكسـتان فـأن تحليلهم لبنـد المظلة اقل إقناعـا " [1].

وفي القضايـا اللاحقـة التـي نظرتهـا محاكـم التحكيـم في المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار تـم اعتـماد شرط المظلـة كثـيراً، ففـي قضيـة (SIEMENS A.G.) ضـد الأرجنتـين، اعتـبرت المحكمـة " إن المـادة (7 / 2) جـاءت صريحـة، وهـي إن الفشـل في تنفيـذ الالتزامـات التـي تعهـدت بهـا بموجـب العقـد يجعلـه بمثابـة خـرق للمعاهـدة " [2]، وكذلـك أخـذت محاكـم التحكيـم في المركـز بهذا الاتجـاه في عدة قضايا أخرى [3].

(1) - قضية (EUREKOB.V.) ضد جمهورية بولندا - التي نظرها ثلاثة محكمين برئاسة (Fortier) وصدر الحكم بتاريخ 19 / آب / 2005 - الفقرة 267.

(2) - قضية (SIEMENS A.G) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. القضية رقم8 / 02 / ARB , بتاريخ 6 / كانون الثاني / 2007 - الفقرة 204.

(3) - منها قضية (Sempra Energy International) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 16 / 02 / ARB بتاريخ 11 / ايار / 2005، وقضية (Noble Ventures, Inc.) ضد رومانيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. القضية رقم 11 / 01 / ARB بتاريخ 12 / تشرين الأول / 2005، وقضية (Noble energy, INC. and Machalapower CIA. LTDA.) ضد الإكوادور - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. القضية رقم 12 / 05 / ARB بتاريخ 5 / آذار / 2008.

وحاولـت بعـض الأحـكام التمييـز بـين العقـود التـي تبرمهـا الدولـة باعتبارهـا سـلطة عامـة، وبـين العقـود التـي تبرمهـا بصفتهـا " تاجـر"، حيـث اعتـبرت إن العقـود التـي تبرمهـا باعتبارهـا سـلطة عامـة يمكـن أن يشـملها " شرط المظلـة " وبالتـالي يكـون انتهاكهـا بمثابـة انتهـاك للمعاهـدة، أمـا غيرهـا فليـس لهـا ذلـك.

ومـن بـين تلـك الأحـكام ماصـدر في قضيـة (Pan American Energy) ضـد الأرجنتـين، حيـث وجـدت المحكمة بأنـه "من الـضروري التمييز بين الدولـة في تعاقدها باعتبارهـا تاجـرا أو باعتبارهـا ذات سـيادة " [1].

وتـم الاعـتراض عـلى ذلك التمييـز، بحق، حيـث إن التمييـز بين الأعـمال المُنجزة بصفتهـا أعـمال السـلطة العامـة، والأعـمال المنجـزة بصفتهـا اعـمالاً إداريـة، لا تبـدو ملائمـة، فمـن الصعـب أن تضـع خطـاً بينهـما مـن الناحيـة العمليـة، وفي كل الأحـوال يكـون هـذا غريبـاً عـن القانـون الـدولي المتعلـق بالمسـؤولية، لذلـك نجـد إن المحكمـة المتشـكلة في قضيـة (Noble Venture) ضـد رومانيـا رفضـت هذا التمييز مسـتندة من جهتهـا إلى مـشروع المـواد الموضـوع من قبل لجنـة القانون الدولي، الـذي لا يُقر التمييز بـين نوعـي الأعـمال التـي لا نجـد اثراً لهـا[2].

(1) - قضية (Pan American Energy LLC, and BP Argentina Exploration Company) ضد الأرجنتين. التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. القضية رقم ARB / 03 / 13 بتاريخ 27 / تموز / 2006. الفقرة 108و109.

(2) - بيار ماري دوبوي. مصدر سابق. ص 780.

المطلب الرابع

شرط الثبات التشريعي

مـن المبـادئ الثابتـة في القانـون الدولي إن الدولـة تمارس سـلطاتها التشريعية في حـدود إقليمهـا بصـورة مطلقـة، فلهـا أن تضع مـن التشريعات مـا تراه مناسـباً في ضوء مصالحهـا وغاياتهـا التـي تسـعى إليهـا، وعـادة فـأن المجتمـع الـدولي والقانـون الـدولي لا يتدخـلان في فـرض قيـود عـلى الدولـة في تقييـد سـلطتها هـذه إلا بعـض الاعتبـارات الحديثـة، كـما يشـتق مـن هـذا المبـدأ سـلطتها في إجـراء ماتـراه مـن تعديـلات عـلى تشريعاتهـا، بمـا في ذلـك التشريعـات المتعلقـة بالاسـتثمار.

وهـذه السـلطة التـي تتمتـع بها الدولـة بصـدد تشريعاتها تمس في أحيـان كثيرة مصالـح المسـتثمرين وحقوقهـم، وخاصـة إذا كانـت تمـس المزايـا والحمايـة المقـررة للاسـتثمار، وهـو مادفـع إلى إدراج بنـود تعاقديـة تهـدف إلى الإبقـاء عـلى قانـون البلـد المضيـف الـذي يـسري عـلى الاسـتثمار عـلى ماهـو عليـه وقـت إبـرام العقـد، وبذلـك تكفـل عـدم سريـان التغيـيرات التـي تطـرأ في المسـتقبل على قانـون البلـد المضيف على عقـد الاسـتثمار الأجنبـي [1]، ويمكـن ان يتـم ذلـك مـن خـلال عـدد مـن الاسـتراتيجيات مـن قبيـل تجميـد القوانـين الماليـة او القوانين غير الماليـة المتعلقة بالاسـتثمار او تحديد مسـائل معينـة لا يـسري التعديـل بشـأنها، او فرض تعويـض في حال وجـود أي تغيير في القانـون وغيرها [2].

(1) - الاونكتاد - العقود الحكومية - سلسلة دراسات بشأن قضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2004 - ص21.

(2) - Sam Foster Halabi - Efficient Contracting between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses - Northwestern Journal of International Law & Business - vol. 31 - issue. 2 - 2011 - p 270.

يجـري التمييـز في إطـار شروط الثبـات التي يتـم إدراجها في عقود الاسـتثمار بين شروط الثبـات التشريعي، وشروط عدم المسـاس بالعقد، فـألاولى تهدف إلى تجميد دور الدولـة كسـلطة تشريعيـة وطـرف في العقـد في نفس الوقـت، بمنعها من تغيـير القواعد القانونيـة النافـذة وقـت إبرامه، حيث تتعهـد الدولة بمقتضاها بعـدم إصدار تشريعات جديـدة تـسري عـلى العقـد المـبرم بينهـا وبين الطـرف الأجنبـي المتعاقد معهـا على نحو يخـل بالتـوازن الاقتصـادي للعقـد، ويترتـب عليـه الإضرار بالطـرف الأجنبـي المتعاقـد معهـا، أمـا الثانيـة، فهـي تهـدف إلى تجنـب أيـة تغيـيرات في العقد مـن جانـب الدولة، مسـتغلة في ذلـك مـا تتمتع به من مزايا يسـبغها عليهـا قانونها الداخلي بوصفها سـلطة تنفيذية أو سـلطة إدارة [1].

وإذا كان شرط الثبـات التشريعـي يؤمـن حمايـة للاسـتثمار الأجنبـي مـن أيـة تعديـلات تشريعيـة تـؤدي إلى الإضرار بـه، يـبرز في هـذا الخصـوص السـؤال المهـم وهو الأسـاس القانـوني الـذي يتـم اعتـماده في اعتبـار مخالفـة هـذا الـشرط بمثابـة إخـلال بقاعـدة مـن قواعـد القانـون الـدولي.

نشـير بـدءً إلى إن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة لا تتضمـن مثـل هـذا البند حتى يمكـن اعتبـاره التزامـاً ورد بموجب معاهـدة دولية، وان ما ورد في الفقـرة (3) من المادة الثانيـة عـشرة مـن نمـوذج معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة الايطـالي الذي جاء فيـه " بعد التاريـخ الـذي تـم فيـه الاسـتثمار، فـأن أي تغيـير جوهري قد يطـرأ على قوانـين الطرف المتعاقـد التـي تنظـم الاسـتثمار بشـكل مبـاشر أو غـير مبـاشر لا يكـون ذا اثـر رجعي "، فأنـه لا يعـادل بنـد تثبيـت تاماً، لأنه يجيز إحـداث تغييرات لاحقـة في القوانين واللوائح التـي تـسري عـلى الاسـتثمار، فهـو يبـين بأنـه لا يجـوز تطبيـق تلـك التغيـيرات بأثـر رجعي [2].

(1) - د. بشار الأسعد - مصدر سابق - ص 293 - 294.

(2) - الاونكتاد - العقود الحكومية - سلسلة دراسات بشأن قضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2004 - ص22.

عليه يكون البحث عن الأساس القانوني له خارج إطار الاتفاقيات الدولية التي لم تتضمن مثل هذا الشرط الذي يرد عادة في عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، ويمكن أن نجد الأساس في وجهين آخرين:

- **الأول** / إن البيئة القانونية التي تحددها التشريعات القانونية في الدولة المضيفة هي احد أهم دوافع الاستثمار في تلك الدولة، وعليه فأن التغييرات التي تطرأ على البيئة القانونية التي تؤدي إلى الإضرار بالمستثمر الأجنبي تمثل انتهاكا للـ" التوقعات المشروعة " وبالتالي انتهاك لقاعدة المعاملة العادلة والمنصفة [1].
- **الثاني** / الحالات التي يكون فيها العقد الذي ورد فيه شرط الثبات التشريعي مغطى باتفاقية دولية لحماية الاستثمار الأجنبي ورد فيها شرط المظلة، وبذلك انتهاك الشرط باعتباره انتهاكاً لالتزام دولي مستمداً من شرط آخر وهو شرط المظلة.

وعليه فأن وجود شرط الاستقرار القانوني يزيد من فرصة المستثمر المُتضرر في الحصول على التعويض من الدولة المتسببة بالضرر، بالاضافة الى ذلك، فأن مجرد وجود أمكانية للحكم لصالح المُستثمر، سوف يساعد كثيراً في ثني الدولة عن نزع الملكية [2].

(1) - Thomas W. Walde - Renegotiating acquired rights in the oil and gas Industries - Journal of World Energy Law & Business - Vol. 1 - issue 1 - 2008 - p58

(2) - Paul E. Comeaux' & N. Stephan Kinsella - Reducing political risk in DEVELOPINGCO UNTRIES: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, STABILIZATIOCNL AUSES, AND MIGA & OPIC Investment INSURANCE - NEW YORK LAW school JOURNAL OF INTERNATIONAL AND comparative law - VOl 15 - no 1 - 1994 - p 29.

ومما يجدر الاشارة اليه ان شرط الثبات التشريعي يُثير مشكلة دستورية داخلية، حيث إن الذي يُبرم العقد مع المستثمر الأجنبي إما الحكومة أو إحدى الوزارات فيها، أي إنها تكون من قبل السلطة التنفيذية، وهي بتعهدها من عدم سريان التعديلات التشريعية أو التشريعات الجديدة تجاه العقد المبرم مع المستثمر، إنما تكون في حقيقة الأمر تجاوزت حدود صلاحياتها الدستورية، بتعطيلها فاعلية التشريع الذي يجب أن يكون نافذاً كما هو، وليس للسلطة التنفيذية أن تعطل سريانه تجاه عقود معينة.

لذلك تسلك بعض الدول طريقاً آخر لتجنب ذلك، وهو أن تتعهد بالحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، من خلال إجراءات تنفيذية تدخل ضمن صلاحيات السلطة التنفيذية، فإذا أصدرت السلطة التشريعية مثلاً قانوناً يرفع حدود الضرائب المفروضة، ما يؤدي إلى إلحاق خسارة كبيرة في عوائد الشركة المستثمرة الأجنبية، وهو ما يعتبر نزعاً للملكية بصورة غير مباشرة، فأن الحكومة لا تمتنع عن تنفيذ التشريع الضريبي، وإنما تقوم بموجب تعهدها بمنح المستثمر امتيازات إضافية أو إعفاءات وسماحات يمكن أن تعيد للعقد التوازن المطلوب.

الفصل الثالث

مسؤولية الدولة المضيفة

عن حماية الاستثمار الأجنبي

إن قواعد مسؤولية الدول ومؤسساتها هامة للمحافظة على احترام القانون الدولي ولتحقيق الأهداف التي تتوخاها الدول [1]، ومنها قواعد ومعايير حماية الاستثمار الأجنبي، التي يجب الالتزام باحترامها والتقيد بها، ويقع ذلك الالتزام على الدولة المضيفة للاستثمار، باعتبار إن فاعلية الحماية ترتبط بالسيادة.

وتأخذ مظاهر السيادة في بعديها الداخلي والخارجي دورها في التأثير في حماية الاستثمار الأجنبي، فمن حيث المظهر الداخلي المتمثل في فرض سلطانها على ما يوجد في إقليمها من أشخاص وأشياء [2]فأن سلطتها هذه تمنحها الحق في نزع ملكية الاستثمار الأجنبي، ومن جهة أخرى، يفرض عليها الالتزام في تأمين حماية الأشخاص والأشياء.

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 2001 - المجلد الثاني - الجزء الثاني - تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2001 / Add.1 - ص 112.

(2) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 391.

وهـذا التعـارض بـين مـا يخولـه القانـون للدولـة مـن سـلطة في نـزع الملكيـة، باعتبـاره مظهـراً لسـيادتها، وبـين مـا يفرضـه عليهـا من التـزام بحمايـة الملكيـة الفردية ومنهـا الاسـتثمار الأجنبـي كان لزامـاً أن يتـم تنظيـم هـذا التعـارض مـن خـلال وضـع شروط محـددة تحقـق التـوازن بـين سـلطتها وحقـوق الآخريـن، وإلا أصبحت السـلطة أداة للإثـراء عـلى حسـاب الآخريـن.

أمـا المظهـر الخارجي لسـيادة الدولة، الذي يقوم على أسـاس اسـتقلال الدولة في إدارة علاقاتهـا الخارجيـة دون أن تخضـع لأيـة سـلطة عليا [1]، فأن الدولـة عندما تدخل في علاقـات اقتصاديـة وتجاريـة فأنهـا تقـوم بتنظيمهـا بموجـب اتفاقيـات وتعاقـدات، تفـرض عليهـا التزامـا يجـب الإيفـاء بـه، وهـذا الالتـزام ايضـاً ناشـئ باعتبارهـا صاحبـة سـيادة التزمـت بإرادتهـا، وان سـلوكها المخالـف لمـا التزمـت بـه يمثـل انتهـاكاً للقانـون الدولي.

وهـو مـا سـنبحثه مفصلاً لبيـان مـدى مسـؤولية الدولـة عـن حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي وحـدود سـلطانها في نـزع ملكيـة المسـتثمرين الأجانـب والآثـار المترتبـة عـلى ذلـك، وفقـاً لخطـة البحـث الآتية:

- المبحـث الأول: أسـاس قيـام مسـؤولية الدولـة المضيفـة للاسـتثمار الأجنبـي وشروطها
- المبحث الثاني: انتفاء مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي
- المبحـث الثالـث: أثار مسـؤولية الدولـة المضيفة عن انتهـاك الالتزام بحماية الاستثمار الأجنبي

(1) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 391.

المبحث الأول

أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي وشروطها

- لا تقوم مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار، إلا بوجود أساس قانوني تقوم عليه هذه المسؤولية ولغرض قيام مسؤوليتها فأن القانون الدولي يتطلب توافر عدة شروط لذلك، وهو ما سنبحثه في مطلبين:
- الأول: لبيان أساس المسؤولية.
- الثاني: لبيان شروطها.

المطلب الأول

أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي

إن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بالأجانب على إقليمها سواء كانت تلك الأضرار تمس الأجنبي في حياته أو ممتلكاته من المبادئ التي اقرها القانون الدولي.

حيث حظيت الفكرة المتمثلة في إن الأفعال الجائرة أو حالات التقصير التي تُلحِق الضرر بالأجانب تترتب عليها مسؤولية الدولة التي يُنسب إليها ارتكاب هذه الأفعال أو حالات التقصير، بقبول واسع النطاق في المجتمع الدولي في أواخر العشرينيات، وكان من المقبول بشكل عام إن الدولة على الرغم من إنها غير ملزمة بإدخال الأجانب، فأنها بمجرد قيامها بذلك يترتب عليها التزام إزاء الدولة التي يحمل جنسيتها هذا الأجنبي، بتوفير درجة من الحماية لشخصه ولممتلكاته وفقاً للمعايير الدنيا في معاملة الأجانب [1].

لذلك نجد جميع المحاولات الدولية لتدوين القانون الدولي العرفي قد تضمنت التأكيد على هذه المسؤولية، ومنها ما ورد في مشروع اتفاقية المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب الذي جاء فيه " إن الدولة تتحمل مسؤولية دولية عن فعل أو تقصير يشكلان جوراً وينسب ارتكابهما إلى تلك الدولة ويتسببان

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000 - المجلد الثاني - الجزء الأول - جون دوغارت (المقرر الخاص) - التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الثانية والخمسون - رقم الوثيقة A / CN.4 / 506 - الفقرة 33 - ص 270.

للأجنبـي بالـضرر بموجـب القانـون الـدولي [1]، وهو ما اخـذت به لجنـة القانون الدولي في المـواد المتعلقة بمسـؤولية الدول [2].

وبهـذا الشـأن تذهـب محكمـة العـدل الدولية إلى تقريـر التزام الدولـة المضيفة بحمايـة الأجانـب واسـتثماراتهم بالقـول " عندمـا تقبـل إحـدى الـدول عـلى إقليمهـا اسـتثمارات أجنبيـة أو رعايـا أجانـب، سـواء كانـوا أشـخاصاً طبيعيـين أو قانونيـين فهـي ملزمـة بـأن تمـد إليهـم حماية القانـون، وتتحمـل التزامات تتعلـق بالمعاملـة التي تقدم لهـم " [3].

وتعـد المسـؤولية القانونيـة عـن الأضرار، جـزءً لا يتجـزأ مـن أي نظـام قانـوني، ويتوقـف مـدى فاعليـة النظـام القانـوني عـلى مـدى نضـوج قواعد المسـؤولية فيـه، بل يمكـن القـول إن المسـؤولية يمكن أن تكـون أداة لتطوير القانون بمـا تكفله من ضمانات ضـد مخالفـة الالتزامـات القانونية[4].

لذلـك نجـد إن نظـام المسـؤولية الدولية يحظـى بأهمية كبيرة في نطـاق القانون الـدولي، حيـث إن مـن شـأن هـذا النظـام إعـادة الحـق إلى نصابـه، وإنصـاف الجانـب المضرور [5].

(1) - مشروع اتفاقية بشأن المسؤولية الدولية عن الإضرار بالأجانب - أعدته كلية القانون في جامعة هارفارد 1961 - تم عرضه ضمن الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي في عام 1969 - المجلد الثاني - النسخة الانكليزية - المادة (A / 1) من المشروع.

(2) - المادة (1) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الافعال غير المشروعة دوليا.

(3) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970.

(4) - د. احمد عبد الكريم سلامة - قانون حماية البيئة - مطابع جامعة الملك سعود - سنة الطبع 1977 - ص 45.

(5) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 334.

وتُعرف المسؤولية الدولية بأنها " رابطة قانونية جديدة تنشأ في حالة الإخلال بالتزام دولي بين الشخص الذي اخل بالالتزام، والشخص الذي تضرر نتيجة ذلك الإخلال، ويترتب على هذه الرابطة أن يلتزم الشخص بإزالة ما يترتب عن عمله من نتائج، كما يحق للشخص المتضرر المطالبة بالتعويض"[1].

أن أساس المسؤولية كقاعدة عامة هو الفعل غير المشروع، مع إمكانية قيام المسؤولية الدولية إذا صدر عن الدولة فعل يمثل خطورة استثنائية ترتب عليه الإضرار بدولة أخرى، ولو كان الفعل مشروعاً بذاته، وذلك على أساس نظرية المخاطر[2].

لذلك فأن القانون الدولي يعرف نوعين من المسؤولية، المسؤولية الناجمة عن أفعال غير مشروعة، والمسؤولية الناجمة عن أفعال مشروعة، والتي يطلق عليها أيضا اصطلاح "المسؤولية عن الخطر " و" المسؤولية غير المترتبة على خطا"[3].

ويمكن أن تنهض المسؤولية الدولية للدولة المضيفة، وفقاً لأي من نوعيها، فكما يمكن أن تقوم الدولة بالإضرار بالاستثمار الأجنبي عن طريق أجهزتها بصورة غير مشروعة، كأن تقوم بالاستيلاء على المشروع الاستثماري أو وقف نشاطه، أو مصادرة آلياته ومعداته ووضع اليد على أمواله ومنعه من التصرف فيها دون سند قانوني، كذلك يمكن أن تنهض مسؤوليتها عند القيام بتصرفات وأنشطة لا يحظرها القانون الدولي كالتأميم الذي يستوجب التعويض [4].

(1) - د. محمد عزيز شكري - مدخل إلى القانون الدولي العام - منشورات جامعة دمشق - الطبعة الخامسة - سنة الطبع 1992 - ص 161.

(2) - د. محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - القاعدة القانونية - ج2 - دار المطبوعات الجامعية - 1999 - ص 367.

(3) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1987 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة التاسعة والثلاثين - الوثيقة رقم ((A / Cn.4 / SER.A / 1987 من وثائق الأمم المتحدة - ص358.

(4) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1990 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الثانية والأربعين - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1990) من وثائق الأمم المتحدة - ص 382.

وتتحقـق مسـؤولية الدولـة المضيفـة للاسـتثمار الأجنبي عن جميع أنـواع انتهاك الالتزامـات الدوليـة بغـض النظـر عن منشـأ تلك الالتزامات، سـواء كان الالتـزام بحماية الاسـتثمار الأجنبـي ورد في اتفاقيـة دوليـة، ثنائيـة أو متعـددة الأطراف، أو كان منشـؤه عرفـاً دوليـاً، أو تعهـداً مـن جانب واحـد اوغيره [1].

إن عـدم التمييـز في منشـأ الالتـزام عنـد قيـام المسـؤولية الدوليـة يجعـل حماية الاسـتثمار الأجنبـي أكـثر سـعةً وضمانـاً، كونـه يُقرر مسـؤولية واحـدة للدولة عـن كافة التزاماتهـا الجماعيـة أو الثنائيـة التـي تعهدت بها مع الدول الأخـرى في إطار الاتفاقيات الدوليـة، ولهـا ذات الحجيـة في إقامـة مسـؤوليتها عندمـا تنتهـك التزامـاً تعهـدت بـه للمسـتثمر الأجنبـي بأيـة صـورة أخـرى ملزمـة لهـا يعـترف القانـون الـدولي بالزاميتهـا، وعليـه تكـون التعهـدات التـي تطلقهـا الدولـة مـن جانبهـا وبإرادتهـا المنفـردة والتـي تتعهـد فيهـا بتأمـين حمايـة معينـة للاسـتثمارات الأجنبيـة، كأن تلتـزم بضـمان اسـتقرار قانـوني معـين للتشريعـات التـي تنظـم الاسـتثمار فـأن انتهاكهـا لذلـك الالتـزام يوجـب مسـؤوليتها الدوليـة تجـاه المسـتثمر الأجنبـي.

(1) - ورد في المادة (12) من مشروع الاتفاقية المتعلقة بمسؤولية الدول " تخرق الدولة التزاماً دوليا متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه مها هذا الالتزام بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه "

المطلب الثاني

شروط قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي

يستلزم لقيام مسؤولية الدولة المضيفة في حال الإضرار بالاستثمار الأجنبي تحقق الشروط الآتية:

- **الشرط الأول: قيام الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي بتصرف يخالف التزاماً دولياً:**

يلزم بدءً لتحقق هذا الشرط أن يكون الالتزام الدولي بحماية الاستثمار الأجنبي نافذاً بحق الدولة المضيفة للاستثمار، هو ما أكدته محكمة التحكيم في قضية (Railroad Development Corporation) بأنه " لايمكن خرق معاهدة قبل دخولها حيز النفاذ " [1]، وهو ما أخذت به لجنة القانون الدولي " لا يُشكل فعل الدولة خرقاً لالتزام دولي ما لم يكن هذا الالتزام واقعاً على الدولة وقت حدوث ذلك الفعل"[2].

وتخرق الدولة التزاماً دولياً متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام[3]، وهذا التصرف يمكن أن يكون سلوكاً ايجابياً، أي القيام بعمل، وقد يكون سلوكاً سلبياً، أي الامتناع عن القيام بعمل، تشير محكمة التحكيم الدائمة في قضية (fronier petroleum service ltd) بأن ليس

(1) - قضية (Railroad Development Corporation) ضد جمهورية غواتيمالا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 23 / 07 / ARB - بتاريخ 29 / حزيران / 2012.

(2) - المادة (13) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

(3) - المادة (12) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

هنـاك أدنى شـك بـأن مصطلـح " تدابـير" في القانـون الـدولي يشـمل عموماً مـا تقوم به الدولـة مـن أعـمال ومـا تغفله عـلى حد سـواء [1].

ولا يتطلـب القانـون الـدولي لترتيـب المسـؤولية الدوليـة وقوع خطـأ معين أكثر مـن مخالفـة شـخص القانـون الـدولي لالتزاماتـه الدوليـة، إلا في الأحـوال التـي لا يضـع القانـون الـدولي التزامـاً صريحـاً عـلى عاتق الشـخص القانـوني بالقيام بعمـل أو الامتناع عـن القيـام بعمـل معـين، كأن يكتفـي بـأن يتطلـب مـن الشـخص الـدولي بـذل العناية والاهتـمام اللازمـين، كـما في حالـة التـزام الدولـة ببذل العنايـة اللازمة لمنـع رعاياها من الاعتـداء عـلى أمـوال الأجانـب في إقليمهـا، ففـي هـذه الحالـة لا تُسـأل الدولـة إلا إذا ثَبـت تقصيرهـا في بـذل العنايـة اللازمة [2].

ومـما يجـدر ذكـره بأنـه إذا كان مـن الثابـت قيام مسـؤولية الدولة عـن الأفعال غـير المشروعـة التـي تسـبب ضرراً بالآخريـن، فـأن مسـؤوليتها عـن الأعـمال المشروعـة دوليـاً، يجـب أن تؤسـس عـلى احـد قواعـد القانـون الـدولي الاتفاقيـة أو العرفيـة، أو المبـادئ العامـة للقانـون التـي أقرتهـا الأمـم المتمدينـة [3].

أمـا إخـلال الدولـة بالتزامهـا العقـدي مـع المسـتثمر الأجنبـي فأنـه لا يُعتـبر إخـلالاً بالتـزام دولي موجـب لمسـؤوليتها، طالمـا انـه لا يُشـكل في حـد ذاته عمـلاً مكوناً لخطـأ دولي، ذلـك أن هـذه العقـود تخضـع للقانـون الوطنـي للدولـة المتعاقـدة، مـما يعنـي اختصاصـه بتحديـد مـا إذا كانـت الإجـراءات التـي قامـت باتخاذهـا في مواجهـة

(1) - قضية (Frontiear Petroleum Services LTD.) ضد جمهورية التشيك - تم التحكيم فيها طبقاً لقواعد الاونسترال - صدر الحكم بتاريخ 12 / تشرين الثاني / 2010 - الفقرة 223.

(2) - د. عبد الغني محمود - القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2002 - ص 176 - 177.

(3) - د. عبد الغني محمود - المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى - سنة الطبع 1983 - ص 4.

المُستثمر الأجنبي المُتعاقد معها مخالفة لهذا النظام القانوني أم متماشية معه، ومن ثم فأن القانون الدولي لا يُمكنه أن يعتبر مسألة من المسائل مخالفة للقانون وفقاً للمعايير الخاصة بهذا القانون، بينما تُعد تلك المسألة من وجهة نظر القانون الواجب التطبيق عليها، عملاً مشروعاً من الناحية القانونية، وهكذا فأن مجرد مخالفة العقد من جانب الدولة لا يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها الدولية، وإنما يتعين لتحقق هذه المسؤولية، وبالتالي إمكان مقاضاتها دولياً، ضرورة أن يكون هذا الإخلال مقترناً بخطأ تعسفي أو جسيم، أي إن المصدر المُحرك لمسؤولية الدولة، ليس هو الإخلال بالعقد، وإنما وجود فعل غير مشروع مستقل عن العقد [1]، ولكن هذا الأمر ليس على أطلاقه، وإنما من الممكن أن تتحقق مسؤولية الدولة في حالات معينة وهو ما نبينه لاحقاً.

- **الشرط الثاني: أن يُنسب التصرف للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي:**

إن السلطات والهيئات التي تتحمل الدولة المسؤولية الدولية نتيجة تصرفاتها المخالفة للقانون الدولي، هي قبل كل شيء السلطات الثلاث في الدولة، التشريعية والتنفيذية والقضائية [2]، كما تتحمل الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي المسؤولية عن سلوك أشخاص يتصرفون نيابة عنها، أو بتحريض منها دون أن يؤدوا وظيفة لديها أو خدمة عامة، وهو أمر يجمع عليه كتاب القانون الدولي الذين تناولوا هذه المسألة [3].

(1) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 336 - 337.

(2) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 523 - 524.

(3) - ومن أبرزهم فردروس وانزيلوتي وريوتر وموريللي، انظر تقرير السيد اغو - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1971 - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1971) من وثائق الأمم المتحدة - النسخة الانكليزية ص 266.

ونبين في أدناه مسـؤولية الدولة المضيفة للاسـتثمار الأجنبي عن أفعال سـلطاتها الثلاث والكيانـات والأفراد في إقليمها:

أ - مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية:

تُنسـب الأعـمال والتصرفـات التـي تصـدر عـن السـلطة التشريعيـة إلى الدولـة المضيفـة، وهـو مـا أكدتـه إحـدى محاكـم التحكيـم مـن انـه " لا خـلاف عـلى إن أفعال البرلمـان الهنغـاري تُنسـب إلى الدولـة الهنغاريـة، وفقـاً لأحكام المـادة الرابعـة من مواد لجنـة القانـون الـدولي المتعلقـة بمسـؤولية الـدول " [1].

وتعتـبر القوانـين التـي تصدرهـا السـلطة التشريعيـة في الدولـة بمثابـة أحـكام قانونيـة نافـذة وملزمـة للمخاطبـين بهـا في نطـاق القانـون الداخـلي، وذلـك متـى مـا صـدرت في الحـدود التـي رسـمها دسـتور الدولـة، غير إن هـذه القوانين يجـب أن تكون غـير متعارضـة مـع الالتزامـات الدوليـة أو مخلـة بهـا، وإلا اعتـبرت في نطـاق القانـون الـدولي عمـلا غير مـشروعٍ.

وعـلى ذلـك إذا مـا أصـدرت السـلطة التشريعيـة للدولـة قانونـاً يقـرر حرمـان الأجانـب الموجوديـن عـلى إقليـم الدولة من بعـض الحقـوق الثابتة لهـم، أو تجريدهم مـن أملاكهـم الموجـودة في هذا الإقليم، دون أن تمنحهم مقابل ذلك التعويض المناسـب، فهـذا القانـون رغـم انـه سـيكون نافذَ المفعـول منتجاً لآثـاره على المسـتوى الداخلي، إلا انـه يعـد عمـلاً غير مـشروع على المسـتوى الـدولي ومسـتوجباً للمسـؤولية الدولية[2].

---

(1) - قضية ELECTRABEL S.A ضد جمهورية هنغاريا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 19 - بتاريخ 30 / تشرين الثاني / 2012 - الفقرة 7 / 89.

(2) - د. عبد الواحد محمد الفار - القانون الدولي العام - منشورات دار النهضة العربية - 1994 - ص 350 - 351.

ولايمكـن أن تـبرر الدولـة المضيفـة مـا يصـدر عنهـا مـن تشريعـات تخالـف التزاماتهـا الدوليـة بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، بـأن تلـك التشريعـات جـاءت مطابقـة شـكلاً وموضوعـاً لدسـتورها الوطنـي، وهـو مـا أكدتـه محكمـة العـدل الدوليـة بـأن " ليـس للدولـة أن تحتـج بنصـوص دسـتورها لـكي تُعفي نفسـها مـن الالتزامـات الدولية التـي يفرضهـا القانـون الـدولي أو الاتفاقيـات التـي هـي طـرف فيهـا " [1].

وفي قضيـة (CMS Gas Transmission Company) بينـت المحكمـة إن التدابـير التـي اتخذتهـا الأرجنتـين غـيرت كثيراً البيئـة القانونيـة التي أوجدتها للاسـتثمار في قطـاع الغـاز، وبذلـك انتهكـت التزامهـا بالمعاملـة العادلـة والمنصفـة [2].

ولاتقـوم المسـؤولية الدوليـة قِبَـلْ الدولـة بمجـرد إصـدار السـلطة التشريعيـة قانونـاً مخالفـاً للقانـون الـدولي فيـما يتعلـق بالمعاملـة الواجبـة إزاء الأجانـب، فـلا تُثار المسـؤولية إلا بعـد أن ينـال الأجنبـي ضرر نتيجـة هـذا التشريـع [3].

ب - مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية:

يدخـل في مدلـول السـلطة التنفيذيـة جميع مـن له حق التعبير عنها، سـواء كان رئيـس الدولـة أو مجلـس الـوزراء أو احـد الموظفـين أو احـد أفـراد القوات المسـلحة أو الشرطـة [4]، وعليـه فـأن " القـرار الـذي يتخـذه وزيـر حكومـي في نهاية عمليـة إدارية، هـو قـرار تقع المسـؤولية عنه دون شـك عـلى عاتق الدولـة بموجب القانـون الدولي، إذ اخلـت بالتزاماتهـا الدوليـة " [5].

(1) - الرأي الإفتائي لمحكمة العدل الدولية الدائمة بخصوص النزاع بين بولندا ودانزيج الحرة عام 1932.

(2) - قضية (CMS Gas Transmission Company) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 01 / 8 - بتاريخ 12 / أيار / 2005 - الفقرة 275 و281.

(3) - د. عبد الغني محمود - المطالبة الدولية لإصلاح الضرر - مصدر سابق - ص 5 - 6.

(4) - د. عبد الواحد محمد الفار - القانون الدولي العام - مصدر سابق - ص 351.

(5) - قضية (helnan international Hotels) ضد جمهورية مصر العربية - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 19 - بتاريخ 14 / حزيران / 2010 - الفقرة 51.

لقـد كان الفقـه في المـاضي يفـرق بـين الأعـمال التـي يأتيهـا الموظفون بـأذن من حكومتهـم أو في حـدود اختصاصهـم، فيقـرر مسـؤولية الدولـة إذا نتـج عنهـا إخـلال بالالتزامـات الدوليـة، وبـين الأعـمال المخلـة بالالتزامـات الدوليـة التي يأتيهـا الموظفون عنـد تجاوزهـم لحـدود اختصاصهـم، فينفي المسـؤولية عن الدولة، ويسـمح للأشـخاص المتضرريـن برفـع الأمـر إلى محاكـم الدولـة ومقاضـاة الموظـف المذنـب، أمـا اليـوم فأن الـرأي الراجـح في الفقـه يذهـب إلى إن الدولة تُسـأل عن كل الأفعال المخلـة التي يأتيها الموظـف بصفتـه هـذه، سـواء كان يعمـل في حـدود اختصاصـه، أو كان قـد تعدى هذه الحـدود، لأنـه في الحالتـين يعمـل باسـم الدولة، ومـن واجـب الدولة أن تُحسـن اختيار موظفيهـا وتراقـب أعمالهـم [1]، كـما إن الدولـة التي يحمـل الأجنبي المتضرر جنسـيتها، ليـس مـن شـأنها أن تعلـم بالضرورة الأوامر التـي تصدر في الدول الأخرى لتحدد سـلوك موظفيهـا [2]، وهـو مـا اعتمدته لجنـة القانون الـدولي [3].

وفي هـذا الخصـوص تشـير محكمـة التحكيـم في قضيـة (Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs) ضـد جورجيـا بأنـه " حتـى في الحـالات التـي يقـوم فيهـا كيـان مخول ممارسـة بعـض اختصاصـات السـلطة الحكوميـة بتجاوز حـدود تلك السـلطة، أن يُنسـب التـصرف المعني، برغم ذلك، إلى الدولـة، وان جمهورية جورجيـا لا تسـتطيع أن تتفـادى الأثـر القانـوني المترتـب عـلى تصرفهـا عـبر الدفـع بأنـه باطـل مـن أساسـه بموجـب قانـون جورجيـا "[4].

(1) - د. عصام العطية - مصدر سابق - ص 528.

(2) - د. عبد الغني محمود - المطالبة الدولية لإصلاح الضرر - مصدر سابق - ص 7.

(3) - تنص المادة (7) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول " يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي، تصرف جهاز من أجهزتها أو شخص أو كيان مخول صلاحية ممارسة بعض اختصاصات السلطة الحكومية، إذا كان الجهاز أو الشخص أو الكيان يتصرف بهذه الصفة، حتى لو تجاوز حدود سلطته أو خالف التعليمات "

(4) - قضية (Ioannis Kardassopoulos& Ron Fuchs) ضد جمهورية جورجيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 18 and ARB / 07 / 15 - بتاريخ 3 / آذار / 2010 - الفقرة 190 - 191.

ومـن الثابـت إن السـلطة التنفيذيـة هي أكثر سـلطات الدولة تماسـاً بالاسـتثمار الأجنبـي، حيـث تقـوم بالعديـد مـن الأعـمال القانونيـة والمادية التـي مـن الممكـن أن تـؤدي لـلإضرار بـه، ففـي قضيـة المُسـتثمر (أنطوان بيلـون) وهـو مواطن سـوري دخل للاسـتثمار في غانـا، ثـم بعـد ذلـك اصـدرت السـلطات المحليـة امـراً بوقـف العمـل في مشروعـه الاسـتثماري وهـدم مـا تم بنـاءه ثم قامـت باسـتدعائه واعتقالـه وترحيله الى توغـو، وقـد وجـدت محكمـة التحكيـم ان ذلـك يخالـف المعاملـة العادلـة والمنصفـة، وهـذه الاجـراءات قـد ألحقـت بـه ضرراً وحكمـت لـه بالتعويـض [1].

ج - مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية:

إن القانـون الـدولي يتعامـل مـع السـلطة القضائيـة باعتبارهـا جـزءً مـن الدولة المضيفـة، وإذا مـا ارتكبـت فعـلاً يُخالـف التزاماتهـا الدوليـة، فأنهـا تكون مسـؤولة عن ذلـك، ولا يعفيهـا مـن المسـؤولية مبـدأ اسـتقلال القضاء.

وفي هـذا الخصـوص تُشـير محكمـة التحكيـم في قضيـة (Swisslion Doo Skopje) ضـد مقدونيـا بـأن " كل فعـل غـير مـشروع تأتيـه دولـة يسـتتبع مسـؤوليتها بموجـب القانـون الـدولي العـرفي، ويشـمل ذلـك تصرف أي جهـاز من أجهـزة الدولة، بما في ذلـك السـلطة القضائيـة"[2].

(1) - قضية السيد (Antoine Biloune) ضد غانا - التحكيم وفقا لقواعد الاونسترال - الكتاب السنوي لمجموعة أحكام التحكيم لعام 1994 - الحكم الصادر في 27 / تشرين الثاني / 1989.

(2) - قضية (Swisslion DOO Skopje) ضد جمهورية مقدونيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 09 / 16 - بتاريخ 16 / تموز / 2012 - الفقرة 261.

إن إنـكار العدالـة بتعريفـه الموسـع يُطبـق عـلى كل خلـل في تنظيم أو ممارسـة الوظيفـة القضائيـة يسـتتبع نكثـاً بواجـب الدولـة في الحمايـة القضائيـة، إلا انـه يتعـين الخلـط بـين الإخـلال الظاهـر بالعدالـة وبـين الخطـأ الـذي يُمكـن أن تقـع فيـه المحاكم الوطنيـة بصـورة غـير مقصـودة كتفسـير قانـون عـلى وجه مغلـوط[1].

ويُمثـل إنـكار العدالة خرقـاً لمعيار المعاملـة العادلة والمنصفة المقـررة في القانون الـدولي العـرفي، بحسـب مـا جـاء في حكـم محكمـة التحكيـم في قضيـة (Mr. Franck Charles Arif)[2].

ويمكـن أن يتخـذ إنـكار العدالـة عـدة صـور مثـل منـع المسـتثمر الأجنبـي مـن اللجـوء إلى القضـاء الداخـلي، أو رفـض المحكمـة إصـدار الحكـم أو التأخـر في إصـداره تأخـراً غـير مـبررٍ، أو وضـع العقبـات في طريـق الاقتضـاء، أو الظلـم الواضـح للمسـتثمر الأجنبـي، أو عـدم مراعاة الأصول القانونية الإجرائية أثناء المحاكمة والفسـاد في القضاء.

لـذا اعتـبرت المحكمـة إن عـدم قيـام محاكـم شـيلي بالبـت في قضيـة السـيد casado لمـدة سـبع سـنوات مـن عـام 1995 ولغايـة 2002 يمثل إنـكارا للعدالـة، وخرقا لمبـدأ المعاملـة العادلـة والمنصفـة الـوارد في الاتفاقيـة، وعليـه قـررت المحكمـة تعويض المدعـي بمبلـغ (10،000،000$) عـشرة ملايـين دولار أمريـكي عـن هـذا الـضرر[3].

---

(1) - د. احمد سرحال - قانون العلاقات الدولية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الثانية - سنة الطبع 1993 - ص 375 - 376.

(2) - قضية Mr. Franck Charles Arif ضد جمهورية مولدو فيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 23 / 11 / ARB في 8 / نيسان / 2013 - الفقرة 438.

(3) - قضية السيد victor pay casado ضد جمهورية تشيلي - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 2 / 48 / ARB بتاريخ 8 / ايار / 2008.

وفي مـورد آخـر اعتـبرت إحـدى محاكـم التحكيـم إن " عـدم مراعـاة الأصـول القانونيـة تعتـبر من حـالات الأخطاء الإجرائية الكبرى، وبالتالي تُعـد عنصراً لإثبات إنكار العدالة " [1].

ويُساهم استشراء الفساد في القضاء في إنكار العدالة حيث يميل القضاء عن جانب الحق، لذا اعتبرت محكمة التحكيم أن " الفساد، إذا وجد، من شأنه أن يمثل انتهاكاً خطيراً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وهو اتهام خطير، وخاصة في ميدان القضاء " [2].

ومن الجدير ذكره إن المحاكم الدولية عند نظرها الدعاوى التي يُقيمُها المُستثمرون الأجانب المتعلقة بإنكار العدالة، لا تمارس دور محاكم الاستئناف أو دور المحاكم الأعلى درجة، ولا يمكنها أن تكون بديلاً عن المحاكم الوطنية في تفسير وتطبيق القانون، حيث إن القول بذلك يؤدي بالضرورة إلى طمس التمييز بين التسلسل الهرمي للمحاكم في التنظيم القضائي الوطني وبين المحاكم الدولية [3].

د - مسؤولية الدولة عن أعمال أشخاص أو كيانات يمارسون بعض اختصاصاتها:

جـاء في مـشروع لجنـة القانـون الـدولي بشـأن مسـؤولية الـدول عـن الأفعـال غـير المشروعـة دوليـاً "يُعتـبر فعـلاً صـادراً عـن الدولـة بمقتـضى القانون الـدولي، تصرف شـخص أو كيـان لايكـون جهـازا مـن أجهـزة الدولـة، ولكـن يخولـه قانـون تلـك الدولـة

(1) - قضية Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV ضد جمهورية كازاخستان - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 14 - بتاريخ 22 / حزيران / 2010 - الفقرة 279.

(2) - قضية (Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV) ضد جمهورية كازاخستان - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 14 - بتاريخ 22 / حزيران / 2010 - الفقرة 422.

(3) - قضية Mr. Franck Charles Arif ضد جمهورية مولدو فيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 11 / 23 في 8 / نيسان / 2013 - الفقرة 441.

صلاحيـة ممارسـة بعـض اختصاصات السـلطة الحكوميـة، شريطة أن يكون الشـخص أو الكيـان قـد تصرف بهذه الصفـة في الحالـة المعينة"[1].

وفي هـذا الصـدد تشـير محكمـة التحكيـم في قضيـة (Gustav F W Hamester Gmbh & Co KG) ضـد غانـا، إلى انـه " لـكي يُنسـب فعـل إلى الدولـة، يجب أن يكون هنـاك ارتبـاط وثيـق ناجـم عن حقيقة أن الشـخص الذي قـام بالفعل جزء مـن الدولة، أو اسـتخدم الصلاحيـات الحكوميـة المحـددة للدولـة للقيـام بذلـك التـصرف، حتى وان كان كيانـاً مسـتقلاً " [2]، وبينـت المحكمـة بأنـه لغـرض نسـبة الفعـل إلى الدولـة في هذا الفـرض ينبغـي توافـر شرطـين، الأول، أن يكون الكيـان مخولاً بصلاحيـات حكومية، وان يكـون التـصرف قـد تم من خلال ممارسـة الصلاحيـات الحكوميـة " [3].

وفي الواقـع كثـيراً مانجد قيـام الدولة بتمكين احد الكيانات الخاصة من ممارسـة أعـمال ذات طبيعـة عامـة، كأن تقـوم بالتعاقد مع شركات الأمن الخاصـة للقيام بأعمال حراسـة السـجن أو المطـار، وبهـذه الصفـة قد تقـوم بأعـمال الاحتجاز والضبط اسـتناداً إلى التشريعـات النافـذة في الدولـة، أو تخويل الشركات الخاصة في مجال الطيران سـلطة تطبيـق قوانـين مكافحـة الهجـرة أو الحجـر الصحـي، أو تخويـل شركـة تسـيير السـكك الحديـد صلاحيـة الشرطـة في حـالات معينة، فانه سـيتم اعتباره عملاً مـن أعمال الدولة بموجـب القانـون الدولي إذا كان يتعلق بممارسـة تلـك الصلاحيات [4].

(1) - المادة (5) من المشروع.

(2) - قضية (Gustav F W Hamester GmbH & Co KG) ضد جمهورية غانا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 24 - بتاريخ 18 / حزيران / 2010 - الفقرة 172.

(3) - الفقرة 176 من القضية المذكورة.

(4) - الفقرة 177 من القضية المذكورة آنفا.

إن تحقـق الشرطـين المذكورين في قـرار المحكمة يَعْقد مسـؤولية الدولة المضيفة للاسـتثمار إذا مـا انتهكـت تصرفـات تلـك الكيانـات التزامـاً دوليـاً بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، وتُنسـب الأعـمال التـي تصـدر عـن تلـك الكيانـات باعتبارهـا أعـمالاً صـادرة عـن الدولة.

هـ - مسؤولية الدولة عن تصرفات الأفراد العاديين:

الأصـل أن لا تتحمـل الدولـة المسـؤولية عـن الأعـمال أو التصرفـات التـي يقـوم بهـا الأفـراد، مواطنـين أو أجانـب مقيمـين فيها، والتي تعتـبر غير مشروعة وفقـاً للقانون الـدولي، لأن هـذه التصرفـات لم تصدر عـن هؤلاء بحكم وظائفهـم أو في إطارها أو أثناء ممارسـتهم لهـا أو حتـى تجـاوزاً لمقتضيات هـذه الوظائف [1].

ولكنهـا يُمكـن أن تُسـأل إذا ثبـت إنها قـصرت في واجباتها كدولة نحـو مثل هذه الأفعـال، كأن يخلـو تشريعهـا مـن نـص يجرمها ويعاقـب عليهـا، أو كان النـص موجوداً ولكـن أهملـت سـلطات الدولـة المختصـة في البحـث عن الفاعـل لمحاكمتـه، أو لم تهيئ للمجنـي عليـه سـبيل الوصـول إلى تعويض الـضرر الذي لحـق به [2].

وتنطبـق الأحـكام المتقدمـة عـلى مـا قـد يصيـب الأجانـب المقيمـين عـلى ارض الدولـة مـن أضرار أثنـاء قيـام ثـورة أو حـرب أهليـة، سـواء كان ذلـك نتيجـة أعـمال الثـوار، أو نتيجـة أعـمال الحكومـة لقمـع الثـورة، ولا تُعتـبر الدولـة مسـؤولة عـن نتيجـة هـذه الأعـمال، إلا إذا لم تتخـذ مـا تقتضيـه الحيطـة التـي يتحتـم عـلى الدولـة أن تراعيهـا في مثـل هـذه الظـروف، وذلـك لأن أعـمال الثـوار أعـمال لا تُثـير مسـؤولية الدولـة مبـاشرة، ولأن أعـمال القمع أعـمال مشروعة يقتضيها اسـتعمال الدولة لحقها في

(1) - د. نبيل بشر - المسؤولية الدولية في عالم متغير - الطبعة الأولى - 1994 - ص 165.

(2) - د. علي صادق ابو هيف - القانون الدولي العام - الجزء الأول - منشورات منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة السادسة عشر - 1997 - ص 259.

البقـاء والمحافظـة عـلى النفـس، هذا فضلاً عن انـه لا يجوز أن يكـون للأجانب المقيمين أو المارين حقـوق ممتـازة لا يتمتـع بها رعايـا الدولة ذاتها، وهؤلاء لا حـق لهم بمطالبة حكومتهـم بتعويـض الأضرار التـي قد تصيبهم أثناء الثـورة أو الحرب الأهلية[1].

إلا انـه مـن اجل توسـيع نطاق حماية الاسـتثمار الأجنبي في مثـل هذه الظروف، خاصـة في الـدول التـي تشـهد في العـادة حـالات عـدم الاسـتقرار، نجـد العديـد مـن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة خرجـت عـن ذلـك الإطـار العـام الـذي يحكـم الموضـوع، وذلـك بشـمول الاسـتثمارات بالحمايـة حتـى في مثـل هكـذا ظـروف، ومنهـا مـا ورد في اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق واليابـان التـي نصت " عـلى كل طرف متعاقـد منـح مسـتثمري الطـرف المتعاقد الآخر الذيـن تعرضوا لخسـارة أو ضرر تتعلق باسـتثماراتهم في إقليـم الطـرف المتعاقد الأول بسـبب نزاع مسـلح أو حالـة طوارئ مثل ثـورة أو اضطرابـات أو عصيـان مـدني أو أي حـدث مشـابه آخـر في إقليـم ذلـك الطرف المتعاقـد الأول، معاملـة فيـما يتعلـق بالتعويـض المـالي أو العينـي أو أي تسـوية أخـرى لا تقـل رعايـة عـن تلـك التـي يمنحهـا لمسـتثمريه أو مسـتثمري طـرف ثالـث"[2]، وهي حمايـة مقبولـة، وان ارتبطـت بـشرط المعاملـة التفضيلية.

أخـيرا لابـد مـن الإشـارة إلى إن مسـؤولية الدولـة تكـون مبـاشرة في حالـة مـا إذا أصـاب الغـير ضرر نجـم عـن تـصرف صـدر عـن احـد أجهـزة الدولـة أو عـن موظفيهـا أو ممثليهـا، وتكـون المسـؤولية غـير مبـاشرة في حـال تحمـل الدولـة مسـؤولية تـصرف مخالـف للقانـون الـدولي لم يصـدر منهـا، وإنمـا صـدر عن احـد رعاياها الذيـن يحملون جنسـيتها أو احـد الأجانـب المقيمـين على إقليمهـا [3]، وتظهـر أهمية التمييز بين نسـبة

(1) - د. علي صادق ابو هيف - مصدر سابق - ص 260.

(2) - المادة (12 / 1) من الاتفاقية

(3) - د. إبراهيم محمد العناني - القانون الدولي العام - منشورات دار النهضة العربية - الطبعة الخامسة - سنة الطبع 2004 - ص 250.

الفعـل إلى الدولـة مبـاشرة ونسـبته إلى احـد الأفـراد العاديـين، فيـما يتعلـق بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، مـن خـلال التمييز بـين مسـؤوليتها في الحالتين، حيـث إن الدولة لا تُسـأل عـن أفعـال الأفـراد العاديـين، مـالم يثبت ارتـكاب الدولة خطـأ أو تقصـيراً في أداء واجبهـا بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، وهـو من المبـادئ المسـتقرة في القانون الـدولي [1]، وبالتـالي يقـع عـلى المسـتثمر أن يثبـت إن الفعـل المرتكب مـن قبل ذلك الفـرد قد اضر باسـتثماره، وأن الدولـة قـد قصّرت في أداء واجباتهـا في حمايتـه، ومـن جهـة ثانيـة إن التـزام الدولـة المضيفـة بحمايـة الاسـتثمارات الأجنبيـة في القانـون الـدولي عـن الأعمال الصـادرة عنهـا أو التـي تُنسَـب إليهـا، يكـون التزامـاً بنتيجـة، بخـلاف التزامهـا بحمايـة الاسـتثمارات الأجنبيـة مـن الأضرار التـي يلحقهـا الأفـراد العاديـين فأنـه يكـون التزامـاً ببـذل عناية.

- **الشرط الثالث: الضرر:**

يُعـرف الـضرر بأنـه " الأذى الـذي يصيـب الشـخص مـن جـراء المسـاس بحـق من حقوقـه أو مصلحـة مشروعة له، سـواء كان ذلك الحـق أو تلك المصلحة المشروعة متعلقة بسـلامة جسـمه أو حريتـه أو مالـه أو شرفه أو اعتبـاره أو حتى بمركـزه الاجتماعي"[2].

ويعتـبر الـضرر العنـصر الملحـوظ مـن عنـاصر المسـؤولية، بـل انـه يُعـد منـاط النظـام القانـوني الخـاص بهـا [3]، وهـو مـا أكدتـه محكمـة التحكيـم في قضيـة (Merrill & Ring Forestry L.P) بـأن " مـن الواضـح تمامـاً في حالـة التـصرف الـذي

(1) - د. محسن افكيرين - القانون الدولي العام - منشورات دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2005 - ص524.

(2) - د. حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - ج1 - مطبعة التايمس - بغداد - 1991 - ص 158.

(3) - د. محمد سعيد الدقاق - شرط المصلحة في دعوى المسؤولية عن انتهاك الشرعية الدولية - منشورات الدار الجامعية - بيروت - سنة الطبع 1983 - ص12.

يُقال انه يُشكل خرقاً للمعايير المطبقة في مجال حماية الاستثمار، إن الالتزام الأولي لا يُمكن فصله عن وجود الضرر، وان القول بالمسؤولية دون وجود الضرر سيكون من الصعب تفسيره في إطار قانون الاستثمار، لتعارضه مع مبادئه الأساسية " [1].

ويقسم الضرر على عدة أنواع منها:

1 - الضرر المباشر والضرر غير المباشر:

عادة ما يتم استخدام عبارة " ضرر غير مباشر " في الفقه والقضاء الدوليين لغرض استبعاد هذا النوع من الضرر عن نطاق التعويض، ورغم عدم الوضوح في التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر، إلا إن هذا التمييز كان معتمداً في جميع المنازعات الدولية عند الحكم بالتعويض من عدمه، ويذهب الفقيه " هوريو الى " إن هذا التفريق يُحْتَرَمْ في جميع المنازعات الدولية، وفي حدود علمنا، باستثناء قضية اللجنة المختلطة الألمانية الأمريكية، لا توجد قضية واحدة منح فيها المحكم، بعد وصف ضرر بأنه غير مباشر، تعويضاً عن هذا الضرر [2].

ولا يُشترط في الضرر الارتباط المباشر بانتهاك الالتزام الدولي حتى يكون ضرراً مباشراً، وإنما يُقصد به عدم حصول انقطاع في رابطة السببية بين الانتهاك وبين الضرر، فمهما امتدت سلسلة الأسباب المرتبطة بالسبب الأول، وأدت إلى الضرر، يعتبر الضرر مباشراً.

---

(1) - قضية (Merrill & Ring Forestry L.P) ضد كندا - تم التحكيم فيها بموجب اتفاقية NAFTA واستنادا الى قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من ثلاثة محكمين برئاسة (Professor Francisco Orrego) - بتاريخ 31 / آذار / 2010 - الفقرة 245.

(2) - في قضية (south portrico sugar company) بينت لجنة التحكيم إن عبارة " غير مباشر " فيما يتعلق بالضرر غير مناسبة وغير دقيقة وغامضة، وان التمييز المتوخى بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر كثيراً ما يكون وهمياً وخيالياً ويجب أن لا يكون له مكان في القانون الدولي - انظر الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الثاني - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الحادية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1989) من وثائق الأمم المتحدة - ص 32.

وأفضـل وصـف لتحديد تلك الرابطة، ما جاء في قرار لجنة التعويضات المختلطة بـين الولايـات المتحـدة الأمريكيـة وألمانيـا، التي بينت بأنـه " لا يهم عـدد الحلقات التي قـد توجـد في سلسـلة السـببية، التـي تربط فعـل ألمانيا بالخسـارة المتكبـدة، شريطة أن لا يكـون هنـاك أي انقطـاع في السلسـلة، وأن يكـون مـن الممكـن اقتفـاء اثـر الخسـارة بوضـوح وبشـكل بـين لا ريـب فيـه، حلقة حلقـة، حتى الوصـول إلى فعل ألمانيـا " [1].

لـذا فمـن الممكـن أن يتـم التعويـض عـن الـضرر حتى في حالـة تضافـر أكثر من سـبب لأحداثـه، مـا لم تنقطـع رابطـة السـببية في أي منهـا، إلا إن التعويـض يكـون عـن الأسـباب بقدرهـا في إحـداث الـضرر، وهـو مـا اعتمدتـه محكمـة التحكيـم المختلطـة الألمانيـة البلجيكيـة في عـام 1922 بشـأن الـضرر الناجـم عـن واقعـة أجنبيـة والمتمثلـة في ارتفـاع قيمـة السـيارات نتيجـة انخفـاض قيمـة النقود، في الفـترة الواقعة مـن تاريخ الاسـتيلاء وحتـى صـدور الحكم، فعـلى الرغم من إن انخفـاض قيمة النقـود يُعد واقعة مسـتقلة تماماً عن الفعل غير المشروع، والمتمثل في احتجاز السـيارات والاسـتيلاء عليها، فـأن المحكمـة انتهـت إلى الحكـم بالتعويـض اسـتناداً إلى إن المدعـي لـو كان محتفظـاً بالسـيارة لأمكنـه الانتفـاع بارتفـاع قيمتهـا الناجم عـن قيمـة العملة[2].

2 - الضرر المادي والضرر المعنوي:

مـن المعـروف عـلى المسـتوى التجـاري أن السـمعة والثقـة هـي أسـاس التعامل التجـاري، حيـث تسـعى الـشركات وخاصـة منهـا ذات النشـاط الـدولي الكبـير الـذي له امتـداد تاريخـي عميـق، إلى المحافظـة عـلى سـمعتها أكثر مـن اهتمامها بتحقيـق أرباح مادية.

(1) - مجموعة تقارير الأمم المتحدة في قضايا التحكيم الدولية - المجلد السابع - الحكم المؤرخ في 21 / تموز / 1923 في القضايا المتعلقة بين الولايات المتحدة وألمانيا - تمت الإشارة إليه في الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الأول.

(2) - د. محسن افكيرين - مصدر سابق - ص 542.

وعليه تدخل في اعتبارات الأضرار التي من الممكن أن تلحق بالمستثمر الأجنبي، سواء كان فرداً طبيعياً أو كياناً قانونياً، الإضرار بالثقة التي يتمتع بها وسمعته التجارية.

وتوصف الأضرار المعنوية، ومنها الإساءة إلى السمعة والمكانة والتشكيك في سلوكيات المهنة بأنها " أضرار حقيقية " أما " مجرد كونها صعبة القياس أو التقدير بالمعايير النقدية، فلا يجعلها أبدا بعيدة عن الواقع، أو مبرراً لعدم تعويض الشخص المتضرر " [1].

وهو ما أخذت به لجنة القانون الدولي في مشروع المواد بشأن مسؤولية الدول بأن " على الدولة المسؤولة الالتزام بجبر كامل الخسارة الناجمة عن الفعل غير المشروع دولياً، وتشمل الخسارة أي ضرر، سواء كان مادياً أو معنوياً ينجم عن الفعل غير المشروع دوليا الذي ترتكبه الدولة "[2].

ومن الممكن أن يكون الضرر المعنوي مستقلاً عن الضرر المادي، أو يكون متداخلاً معه، فعند إقامة دعوى ضد شركة تستثمر في ميدان الإنشاءات، ويكون جوهر الادعاء ضدها قيامها بالتلاعب بالمواصفات الفنية المعتمدة، أو أن يتم اتخاذ إجراءات إدارية بحقها من قبيل إدراجها في القائمة السوداء بموجب قرار إداري، فمن المؤكد إن تلك الدعاوى والقرارات تؤثر في سمعتها من الناحية المعنوية، ومن الناحية المادية تلحق أضراراً مباشرة بها، إذا كان لديها أعمال أو تعاقدات أخرى في الدولة المضيفة، حيث تترتب عليها احتمالات بوقف أعمالها أو سحبها منها، ومن

(1) - مجموعة تقارير الأمم المتحدة في قضايا التحكيم الدولية - المجلد السابع - الحكم المؤرخ في 1 / تشرين الثاني / 1923 في القضايا المتعلقة بين الولايات المتحدة وألمانيا - تمت الإشارة إليه في الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الأول.

(2) - المادة (31) من مشروع المواد بشأن مسؤولية الدول - القراءة الثانية - لجنة القانون الدولي - الدورة الثالثة والخمسون - 2001 - الوثيقة رقم A / cn.4 / L.602 / REV.1.

الممكـن أن يمتـد الأثـر السـلبي لذلـك إلى دول أخـرى، وهو مايضر بنشـاطها المسـتقبلي الـذي قوامـه أعمالهـا السـابقة الـذي يمثل تاريـخ الشركة.

وفي جميـع الأحـوال يجـب أن يكـون هنـاك أسـاس قانـوني كافي عنـد الحكـم بالتعويض عن الأضرار المعنوية، فقد بينت محكمة التحكيم في قضية (cementownia) بأنـه عـلى الرغـم مـن إن اتفاقيـة إنشـاء المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، وقواعـد التحكيـم وملاحقهـا الإضافيـة، لم تمنـع هيئـات التحكيـم مـن التعويـض عـن الأضرار المعنويـة، فأنـه يتطلب أساسـاً قانونيـاً كافياً لمنح هكذا تعويضـات، وان المطالبة عـلى أسـاس مبـدأ عـام لا تحقق ذلـك [1].

ويتضـح مـن دراسـة وتحليل مجمـل القضايا التي تمـت المطالبة فيهـا بالتعويض عـن الأضرار المعنويـة التـي لحقـت بالمسـتثمر الأجنبـي، لا توجـد مـن بينهـا أيـة قضية رفضـت فيهـا هيئـة التحكيم بشـكل صريـح التعويض عن هـذا النوع مـن الأضرار، وان الحـالات التـي تـم فيهـا رفـض الحكـم بالتعويـض عـن الأضرار المعنويـة التـي ادعاهـا المسـتثمرون الأجانـب، كان لأسـباب مختلفـة مثـل عـدم وجـود أسـاس قانـوني للحكـم بالتعويـض عـن الـضرر، أو بسـبب عـدم كفاية الأدلـة التي تثبـت وقوع الـضرر وغيرها مـن الأسـباب، وليـس لأن المحاكـم ترفـض التعويـض عن ضرر معنـوي [2].

(1) - قضية شركة (cementownia) ضد تركيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم Arb / 06 / 2 بتاريخ 17 / أيلول / 2009.

(2) - Patrick Dumberry - Compensation for Moral Damages in Investor - State Arbitration Disputes - Journal of International Arbitration - 2010 - p253.

المبحث الثاني

انتفاء مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي

إن قيام الدولة بنزع ملكية الاستثمار الأجنبي لا يوجب في جميع الأحوال مسؤوليتها عن ذلك، وإنما هُناك بعض الحالات تنتفي فيها مسؤولية الدولة المضيفة، كما انه في موارد أخرى يكون من حق الدولة أن تنزع ملكية الاستثمار الأجنبي دون مسؤولية إذا توافرت شروط معينة، وهو ما نبينه في هذا المبحث.

المطلب الأول

الظروف النافية لعدم مشروعية الإضرار بالاستثمار الأجنبي

ورد في مشروع لجنة القانون الدولي بيان للظروف التي إن توافرت ينتفي معها عدم المشروعية، وبالتالي عدم قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، وقد خصصت اللجنة فصلاً منفرداً لتلك الظروف، نبين منها الحالات التطبيقية التي تنسجم مع حماية الاستثمار الأجنبي، والتي وجدنا إشارة إليها في قرارات المحاكم الدولية دون غيرها من الظروف الأخرى.

1 - **الضرورة:**

هي مجموعة من الظروف تقف أمام الدولة عند قيامها بتنفيذ التزام عليها بحيث يصبح تنفيذ هذا الالتزام امراً صعباً وبالغ المشقة، لذلك يكون من الضروري أن تتحلل الدولة مؤقتاً من هذا الالتزام حماية لمصالحها العليا [1].

إذا كان الأصل هو انطباق القواعد القانونية على العلاقات الدولية عامة في ظل الأوضاع الطبيعية العادية، إلا إن هذه القاعدة أو تلك تعجز، غالباً، في اوقات الأزمات عن ضبط وتنظيم الأخطار التي تعتور تلك الفترات، من هذا المنطلق تبين فكرة الضرورة التي تحدد كنه المخاطر وتبرر الخروج عما هو مألوف من قواعد [2].

(1) - د.عبد الواحد محمد الفار - القانون الدولي العام - مصدر سابق - ص360.

(2) - د. مصطفى احمد فؤاد - فكرة الضرورة في القانون الدولي العام - منشورات منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 9.

وتشكل حالة الضرورة سبباً معترفاً به في القانون الدولي العرفي لنفي عدم المشروعية عن عمل لا يتطابق مع التزام دولي [1]، وقد وردت الإشارة إليها في مشروع لجنة القانون الدولي[2].

ونجد في الأزمة المالية التي شهدتها الأرجنتين وما أعقبها من إجراءات قامت بها مورداً خصباً لدراسة تطبيقات حالة الضرورة، حيث كانت محلاً للعديد من الدعاوى التي أقامها المستثمرون الأجانب، نتيجة مساس تلك الإجراءات بملكيتهم وإلحاقها الضرر بهم.

فقد أشارت محكمة التحكيم في قضية Impregilo S.p.A ضد الأرجنتين إلى طبيعة معيار الضرورة، حيث بينت المحكمة في هذا الصدد " إن لدفع الأرجنتين بحالة الضرورة في إطار المعيار الذي حدده القانون الدولي العرفي، فأن هذا المعيار بحكم طبيعته معيار صارم ويصعب استيفاؤه"[3].

وبشأن تقدير درجة الضرورة اللازمة لإعفاء الدولة من مسؤوليتها عند المساس بملكية المستثمر الأجنبي، تذهب محكمة التحكيم في احدى القضايا إلى انه " لا تكفي شدة الأزمة، ايا كانت درجتها السماح بأن يُعفي الدفع بوجود حالة الضرورة الدولة من التزاماتها التعاهدية، فأحكام القانون الدولي العرفي، تفرض شروطاً صارمة إضافية، والسبب في ذلك بطبيعة الحال بالنظر إلى تواتر حدوث الأزمات وحالات الطوارئ التي تواجهها تلك الدول، كبيرها وصغيرها، من حين لأخر، هو أن السماح للدول بالتنصل من التزاماتها التعاهدية، من شأنه أن يهدد

(1) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس بين هنغاريا وسلوفاكيا الصادر في 25 / أيلول / 1997.

(2) - الفصل الخامس من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول تضمن الظروف النافية لعدم المشروعية ومن بينها الضرورة التي جاءت في المادة (25) منها.

(3) - قضية (Impregilo S.p.A) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 17 - بتاريخ 21 / حزيران / 2011.

نسيج القانون الدولي نفسه، بل استقرار نظام العلاقات الدولية" [1]، واشترطت لقبول الضرورة، أن يكون هناك خطر جسيم ووشيك يمس مصلحة أساسية من مصالح الدولة المضيفة، وان تكون إجراءاتها بهدف مواجهة هذا الخطر [2].

ونجد إن تطبيق هذا الشرط فيما يخص الإجراءات المالية التي تتخذها الدولة المضيفة لايمكن تحققه أو من الصعوبة استيفاؤه، حيث إن الدولة التي تمر بضائقة مالية لا يكون ذلك في العادة خطراً جسيماً يهدد وجودها أو مصلحة أساسية من مصالحها.

ويشترط ايضاً أن لا تساهم الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي في حدوث حالة الضرورة[3]، وان يكون الإجراء الذي تتخذه هو السبيل الوحيد أمام الدولة للحفاظ على مصلحتها[4]، ويثير هذا الشرط، خاصة في التدابير المالية لمواجهة الأزمات ايضاً صعوبة في استيفائه، حيث إن البدائل المتوفرة للدولة المضيفة، في مثل هكذا حالات تكون متعددة، لا تنحصر في طريق واحد، لذلك نجد إن محكمة التحكيم في قضية التعويضات الروسية، رغم قبولها الدفع الذي احتجت به الإمبراطورية العثمانية لتبرير تأخرها في تسديد ديونها للحكومة الروسية، باعتباره دفعاً مقبولاً في القانون الدولي العام، إلا أنها وجدت انه " من المبالغة بلا شك إن تسديد أو الاقتراض لتسديد مبلغ صغير نسبياً يعادل ستة ملايين فرنك مستحق للمدعين الروس كان سيهدد وجود الإمبراطورية العثمانية أو سيعرض وضعها الداخلي أو الخارجي لخطر جسيم"[5].

(1) - قضية (Suez, Sociedad General de Aguas de BarcelonaS.A. & InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 17 - بتاريخ 30 / حزيران / 2010 - الفقرة 236.

(2) - القضية المذكورة - الفقرة 312.

(3) - نصت عليه المادة (25 / 2 / ب) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول.

(4) - نصت عليه المادة (25 / 1 / أ) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول.

(5) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي 2001 - المجلد الثاني - الجزء الثاني - تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2001 / Add.1 - ص 105.

ومـما يجـدر الإشـارة إليـه إن الأحـكام الصـادرة عـن المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار في القضايـا المتعلقـة بالأزمـة الماليـة في الأرجنتـين، أصـدرت أحكاما متعارضـة، رغـم إن السـبب واحـد في جميـع الحـالات المعروضـة، حيث رفضـت الدفع بالـضرورة في (3) قضايـا[1]، وقبلتـه في قضيتـين [2].

ويُرجِـع البعـض في تحليلـه ذلـك التعـارض إلى إن المحكمـة اعتمـدت في القضايا التـي رفضـت فيهـا قبول الدفـع بحالة الضرورة عـلى القانون الدولي العـرفي الذي دونته لجنـة القانـون الـدولي في المـادة (25) التـي تسـتوجب شروطـاً صارمـة لقبولهـا، ومـن بينهـا أن يكـون الفعـل الـذي اتخذتـه الدولـة المضيفـة هـو السـبيل الوحيـد، وهذا غير متحقـق لمواجهـة أزمـة ماليـة لتعدد الخيـارات التي يضعهـا الخبراء في ذلـك الخصوص، وان لا تسـاهم الدولـة المضيفـة في إحـداث حالـة الـضرورة، وهـذان الشرطـان لم يتـم اسـتيفاؤهما في الإجـراءات المتخـذة مـن الأرجنتين.

بينـما في القضايـا التـي قبلـت فيهـا الدفـع بالـضرورة، فـأن المحكمـة اسـتدلت بمـا ورد في اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة التـي تكـون صياغتهـا اقـل صرامـة مـما ورد في القانـون الـدولي العـرفي المشـار إليـه، ففـي قضيـة (Continental Casualty) مثـلاً، اسـتندت المحكمـة إلى المـادة (الحاديـة عـشرة) مـن اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة بـين الولايـات المتحـدة الأمريكيـة والأرجنتـين التـي ورد فيهـا " إن هـذه الاتفاقيـة لا تحـول دون اتخـاذ، أي مـن الطرفـين، التدابـير الضروريـة للحفـاظ عـلى النظـام العـام،

(1) - وهذه القضايا هي:

1 - قضية (CMS Gas Transmission Co) بالرقم 8 / 01 / ARB بتاريخ 25 / أيلول / 2007.

2 - قضية (Sempra Energy Int'l) بالرقم 16 / 02 / ARB بتاريخ 28 / أيلول / 2009.

3 - قضية (Enron Corp) بالرقم 3 / 01 / ARB بتاريخ 30 / تموز / 2010.

(2) - هذه القضايا هي:

1 - قضية (LG&E Energy Corp) بالرقم 1 / 02 / ARB بتاريخ 3 / تشرين الأول / 2006.

2 - قضية (Continental Casualty) بالرقم 9 / 03 / ARB بتاريخ 5 / أيلول / 2008.

أو الوفـاء بالالتزامـات المتعلقـة بصيانـة واسـتعادة السـلم والأمـن الـدولي أو حمايـة مصالحـه الأساسـية في الأمـن "، وهـذه الصياغـة جعلـت مـن الممكـن الاسـتناد إليهـا لتقديـر حالـة الـضرورة، ذلـك إن لفـظ " النظـام العـام " هـو مفهـوم واسـع يمكـن أن يشـتمل عـلى العديـد مـن العنـاصر المنطبقة عـلى الحالـة في الأرجنتين، ومن المسـتحيل المجادلـة في إن الأزمـة الأرجنتينيـة لا تمـس " النظـام العـام " حتـى لـو أخذنـا أضيـق التفسـيرات [1].

لكـن يبقـى عـدم الوضـوح يشـوب توجهـات محاكـم التحكيـم عندما اسـتندت إلى القانـون الـدولي العـرفي في بعـض الحـالات، وإلى الاتفاقيـة الثنائية في حـالات أخرى، حيـث لم تبين أسـباب ذلـك [2].

وان كان التخـوف مـن التبايـن في الأثـر المترتـب في حقـوق المسـتثمر الأجنبـي بـين حالـة قبـول الدفـع بالـضرورة وعدم قبولهـا، فأنه لا يمـس في كل الأحـوال التعويض الـذي يسـتحقه المُسـتثمر الأجنبي، ففـي الحالات التي يتـم فيها قبول الدفـع بالضرورة لنفـي عـدم المشروعيـة فـأن ذلـك لا يُخل بمسـألة التعويض للمسـتثمر الأجنبـي عن أي خسـارة ماديـة تسـبب فيهـا الفعـل [3]، وفي الحـالات التـي يتـم رفـض الدفـع بالضرورة وثبـوت عـدم المشروعيـة والضرر، فأنـه كذلك يسـتوجب التعويض للمسـتثمر الأجنبي.

(1) - Alec Stone Sweet - Investor - State Arbitration: Proportionality's New Frontier - Law & Ethics of Human Rights review - Volume 4 - Issue 1 - 2010 - p 70.

(2) - Cynthia C. Galvez - "Necessity" Investor Rights, and State Sovereignty for NAFTA Investment Arbitration - Cornell International Law Journal - Vol. 46 - 2013 - p 152.

(3) - المادة (27) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول تنص (الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية بموجب هذا الفصل لا يخل بما يلي:
(أ) التقيد بالالتزام المعني إذا لم يعد الظرف النافي لعدم المشروعية قائماً وبقدر ما لايعود قائماً.
(ب) مسألة التعويض عن أي خسارة مادية تسبب فيها ذلك الفعل).

إلا إن الاختلاف يكـون في مقـدار التعويـض المسـتحق ففـي الحالـة الأولى يكون التعويـض عـن ضرر عـن فعـل مـشروع، وفي الثانيـة يكون عـن فعل غير مـشروع، ومن جهـة أخـرى يقتـصر التعويض عـن الأضرار المادية، وفي الثانية عن جميـع الأضرار المادية والمعنوية.

2 - القوة القاهرة:

هـي تلـك الظـروف المفاجئـة التـي تمر بهـا الدولة وتجعـل من المسـتحيل عليها الوفاء بالتـزام دولي [1].

إن حالـة القـوة القاهـرة التي تنفي عدم المشروعية لا تنشـأ إلا أن تسـتوفي ثلاثة شروط هي:

(أ) وقوع الفعل المعني بقوة لا سبيل إلى مقاومتها أو بحدث غير متوقع.

(ب) يكون خارج عن إرادة الدولة المعنية.

(ج) يجعل أداء ذلك الالتزام في مثل هذه الظروف مستحيلاً مادياً.

وقـد أشـارت الى تلـك الـشروط محكمـة التحكيـم في قضيـة الشركـة العربيـة الليبيـة للاسـتثمارات مـن إن " الاسـتحالة المزعومـة لم تكـن ناتجة عن قوة لا سـبيل إلى مقاومتهـا أو حـدث خارجـي غـير متوقع خارج عن سـيطرة بوروندي، بل إن الاسـتحالة نتجـت عـن قـرار انفرادي لتلـك الدولـة " [2].

(1) - د.عبد الواحد محمد الفار - القانون الدولي العام - مصدر سابق - ص360.

(2) - قضية شركة (lafico) الليبية ضد بوروندي - تم نظرها من قبل لجنة محكمين برئاسة الفقيه سالمون - وأصدرت حكمها بتاريخ 4 / آذار / 1991 - الفقرة 55.

والاستحالة المادية للأداء التي تنشأ عنها القوة القاهرة قد تكون راجعة إلى حدث طبيعي أو مادي مثل " قسوة الطقس التي تؤدي إلى تحويل وجهة طائرات الدولة إلى إقليم دولة أخرى أو الفيضانات أو الجفاف " أو إلى تدخل بشري مثل " فقدان السيطرة على جزء من إقليم الدولة من جراء تمرد أو دمار منطقة بفعل عمليات عسكرية تضطلع بها دولة ثالثة " أو إلى مجموعة عناصر من هذين العاملين، وبعض حالات الإجبار أو القسر التي تنطوي على فرض قوة على الدولة قد ترقى أيضا إلى قوة قاهرة[1].

وقد احتجت الأرجنتين بالقوة القاهرة لنفي مسؤوليتها بصدد الإجراءات التي قامت باتخاذها ضد الاستثمارات الأجنبية أثناء الأزمة المالية التي مرت بها، ومن بين القضايا التي احتجت بها قضية (Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P.) [2]، وقد وجدت محكمة التحكيم إن مفهوم القوة القاهرة يتطلب بحسب ما جاءت به المادة (23) من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، توجب أن تكون الحالة حدثت نتيجة قوة لا يمكن مقاومتها، خارجة عن سيطرة الدولة، مما يجعل معه من المستحيل مادياً، في هذه الظروف، أداء الالتزام، واستدلت المحكمة في رفضها لدفع الأرجنتين بحالة القوة القاهرة برأي المقرر الخاص للجنة القانون الدولي الذي يقول إن " القوة القاهرة لا تشمل الظروف التي أصبح فيها أداء الالتزام أكثر صعوبة، مثل بعض الأزمات السياسية أو الاقتصادية " [3].

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي 2001 - المجلد الثاني - الجزء الثاني - تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2001 / Add.1 - ص 98.

(2) - قضية Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 01 / 13 - بتاريخ 30 / تموز / 2010.

(3) - الفقرة 217 من القضية المذكورة.

المطلب الثاني

شروط نزع ملكية الاستثمار الأجنبي

إذا كان من الحقوق الثابتة في القانون الدولي، حق الدولة بنزع ملكية الاستثمار الأجنبي في إقليمها فأن ممارسة ذلك الحق لا يتم بصورة كيفية، وإنما يخضع لضوابط وشروط تهدف إلى تحقيق العدالة بين حق الدولة في ممارسة سلطتها، وبين حق المستثمر المتعلق بحماية ملكيته، وهذه الشروط هي:

- **الشرط الأول / أن يكون بهدف تحقيق غرض أو مصلحة عامة:**

شرط المصلحة العامة من المسائل المتفق عليها بين مختلف النظم القانونية ومما أقره القانون الدولي العام، وكذلك ذهبت إلى تأكيده اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف [1].

وكان ذلك الشرط مما اعتمدته اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وفرنسا، التي نصت على ان " لا يتخذ أي من الطرفين المتعاقدين إجراءات استملاك أو تأميم أو أية إجراءات أخرى تقود بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى نزع ملكية الاستثمارات التي يملكها مستثمرو الطرف الآخر على أراضيه أو في منطقته البحرية، إلا من اجل المنفعة العامة"[2].

(1) - UNCTAD - Series on Issues in International Investment Agreements II - expropriation - 2012 - p 28.

(2) - المادة (6 / 2) من الاتفاقية، وهو ما أخذت به اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق وألمانيا (م الرابعة / 2)، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وأرمينيا (م 5 / 1 / أ)، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان (م 11 / 1 / أ).

كما تم تضمينه في مشروعات الاتفاقيات التي أعدتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية[1]، وهو ما اشترطته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية [2]، بالإضافة إلى إدراجه في عدد كبير من دساتير الدول سواء منها المتقدمة أو النامية [3]، وقد ورد هذا الشرط في تلك الوثائق والاتفاقيات بصيغ مختلفة [4]، إلا إن لها ذات المضمون.

إن رعاية المنفعة العامة هو مناط الإبقاء على الدولة واستمرارها في أداء وظيفتها، فضلاً عن إن تدخل الدولة وممارستها لسلطتها العامة، حتى الاستثنائي منها، لايكون إلا باسم المنفعة العامة [5] إلا إن تحديد هذا المفهوم يكون صعباً أحيانا، باعتباره مفهوماً متغيراً من دولة لأخرى، لذلك نجد في كل مرة يواجه

(1) - المادة (3) من مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية لسنة 1967 التي أعدها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية.

(2) - المادة (4) من قرار الأمم المتحدة رقم 1803 لسنة 1962 المعروف بقرار السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية الذي جاء فيه (يتوجب استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة إلى أسس وأسباب تتعلق بالنفع العام أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية مُسلم بأرجحيتها على المصالح الفردية أو الخاصة البحتة).

(3) - نصت المادة (23 / ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ " لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون "، كما نصت المادة (18) من دستور دولة الكويت " الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع احد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن احد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا "

(4) - مثلاً جاء بصيغة (نفع عام) في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سوريا ولبنان لعام 1997، وورد بصيغة (المصلحة الوطنية) في اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين الإمارات العربية المتحدة وماليزيا لعام 1992، وبصيغة (الصالح العام) في اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، أو بصيغة (المنفعة العامة المتعلقة بالحاجات الداخلية) في اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة بين مصر وبريطانيا لعام 1975، وهي تحمل معاني متقاربة وسبب التباين لاختلاف الثقافات والصياغة واللغة القانونية.

(5) - د. نجم الاحمد - المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 29 - العدد 2 - 2013 - ص 10.

المستثمر الأجنبي تنظيماً قانونياً في الدولة المضيفة للاستثمار، يكون هناك تحدٍ كبير في تحديد ما إذا كانت إجراءاتها مبررة، وأنها تهدف تحقيق المصلحة العامة[1].

وهذه الحقيقة أشارت إليها محكمة المطالبات الأمريكية الإيرانية في قضية (Amoco) بالقول (إن التعريف الدقيق لشرط المصلحة العامة غير متفق عليه في القانون الدولي) [2].

وفي محاولة لدفع عدم الوضوح هذا، يرى جانب من الفقه أن يتم الاستغناء عن شرط المصلحة العامة واستبداله بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأموال التي يتم نزعها، ويجد بأن عدم التمييز يعد أكثر وضوحاً إذا ما قورن بشرط المصلحة العامة [3].

ولا يمكن تأييد هذا الرأي كونه غير مبرر، حيث إن شرط عدم التمييز له ضوابطه ومعاييره التي يوزن بها، وهي قطعاً تختلف عن الضوابط والمعايير اللازمة لتحقق شرط المصلحة العامة، وان القول بهذا الرأي يؤدي إلى التقليل من مقدار الحماية المقررة للاستثمار الأجنبي، فمن الممكن أن تقوم دولة ما بنزع ملكية كافة الاستثمارات الأجنبية في قطاع معين، ويكون من بينها استثمارات لا يحقق نزعها مصلحة عامة وإنما مصلحة سياسية بحتة، فأنه وفقاً لهذا الرأي نكون إزاء نزع مشروع لتلك الاستثمارات.

---

(1) - Javier haro benavides - ibid - p6.

(2) - قضية شركة (Amoco) ضد إيران التي نظرتها لجنة المطالبات الأمريكية - الإيرانية - رقم القضية (310 - 56 - 3) في 24 / تموز / 1987.

(3) - هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 51 - 52.

ويعتبر البعض إن شرط المصلحة العامة يكون متوافراً، إذا كان الباعث على إجراء التأميم أو نزع الملكية هو تحقيق مصلحة عامة وليس مصلحة فردية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو لأحد المواطنين [1]، أي أشتق وصف المصلحة العامة من استبعاد المصلحة الفردية.

وقد اتجه جانب من الفقه إلى قصر المنفعة العامة على المنفعة ذات الصفة الاقتصادية فقط، فالإجراء الذي يحقق المصلحة السياسية الصرفة للدولة، لا يعد من قبيل المصلحة العامة.[2]

إلا إن هذا الرأي غير دقيق في تمامه، فهو وأن كان صحيحاً في جانب منه في اعتبار الغرض السياسي البحت لا يعتبر محققاً للمصلحة العامة [3]، إلا إن المصلحة العامة لا تقتصر على الجوانب الاقتصادية فقط، فمن الممكن أن تتحقق المصلحة العامة وتكون معتبرة في حالات أخرى كحماية الأمن العام أو الصحة أو البيئة ومسائل ذات صفة اجتماعية أو تعليمية أو إنسانية وغيرها.

ومن الآراء من يذهب إلى القول بأن نقل ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة أو احد أجهزتها العامة، أو إذا كانت الأداة التي استخدمت في نزع الملكية أو التأميم صادرة عن برلمان الدولة فأنها تحقق المصلحة العامة [4]، ونختلف مع هذا الرأي لأنه ليس كل نقل من الملكية الخاصة إلى ملكية الدولة يحقق مصلحة عامة، ولا كل ما يصدر عن البرلمان يحقق تلك المصلحة، اذ من الممكن أن يكون

(1) - د. خالد محمد الجمعة - إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي - مجلة الحقوق الكويتية السنة 23 - العدد الثالث 1999 - ص97.

(2) - محمد يونس الصائغ - مصدر سابق - ص 99.

(3) - وهو ما تمسكت به بريطانيا عند قيام الحكومة الليبية بتأميم أصول شركة النفط البريطانية (Bp) عام 1971.

(4) - د. خالد محمد الجمعة - مصدر سابق - ص 97.

ذلك لأغراض سياسية أو إنها تحقق مصلحة خاصة، كأن تستهدف تحقيق مصلحة رئيس الحكومة خاصةً في الأنظمة القمعية التي تستخدم البرلمان أداة بيدها.

ويشترط أن يكون غرض الدولة من تحقيق مصلحة عامة مقترناً ومتزامناً مع قيامها بنزع الملكية، أي تحقق وجود النية بتحقيق تلك المصلحة بالتزامن مع الاستيلاء على ممتلكات المستثمر، حيث إن وجود المصلحة العامة التي تسبق نزع الملكية هي التي تضفي المشروعية عليه.

لذلك وجدت محكمة التحكيم قيام الحكومة المصرية بنزع ملكية أراضٍ تعود لأحد المستثمرين عملاً غير مشروع، حتى وان قامت لاحقاً بتخصيص تلك الأراضي لغرض المنفعة العامة، وقررت بأنه " لا يُقبل القول بأن الأراضي في نهاية المطاف قد خصصت للأغراض العامة، حيث إن هناك ست سنوات بين نزع الملكية وبين أول إشارة إلى قصد تخصيصها للاستخدام العام، وخلصت المحكمة بأن أراضي المدعي لم يتم نزع ملكيتها للأغراض العامة " [(1)].

وفي الواقع نجد إن الدولة المضيفة للاستثمار عندما تقرر نزع الملكية غالباً ما تحتج بتحقيق المصلحة العامة، ولا تعلن عن غايتها الحقيقية التي ربما تكون بخلاف ذلك، وعليه فأن من الصعب دحض حجتها إلا إذا كانت هذه الحجة خارج حدود المعقول كلياً [(2)].

(1) - قضية (Siag and Vecchi) ضد جمهورية مصر العربية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم AR B / 05 / 15 - بتاريخ 1 / حزيران / 2009 - الفقرة 432.

(2) - د. خالد محمد الجمعة - مصدر سابق - ص 97.

- **الشرط الثاني / عدم التمييز:**

يـؤدي مبـدأ عـدم التمييـز دوراً مهـماً في قانـون الاسـتثمار الـدولي، ويظهـر هذا الـدور بوضـوح في مجالـين مهمـين، يتعلـق الأول بالمنافسـة بـين المسـتثمرين الأجانـب، حيـث انـه لا يجـوز للدولة المضيفة للاسـتثمار الأجنبـي عند منحها الفرص الاسـتثمارية، أن تقـوم بتفضيـل بعـض المسـتثمرين عـلى البعـض الآخـر في الحصـول عـلى الفرصـة الاسـتثمارية عـلى أسـاس تمييـزي، والثـاني يتعلـق بإجـراءات الدولـة عنـد قيامهـا بنـزع ملكيـة المسـتثمر الأجنبـي، وهـو ما يتعلـق بموضوع بحثنا هـذا، حيـث إن إخلالها بهذا الـشرط عنـد نـزع الملكيـة يجعـل تصرفها مشـوباً بعـدم المشروعية، وسـواء كان ذلك في نـزع الملكيـة المبـاشر أو غـير المباشر.

حيـث يعـد إجـراء التأميم أو نـزع الملكية غير مشروع إذا انصـب على ممتلكات الأجانـب دون الوطنيـين، عـلى نحـو يجعـل من صفـة المسـتثمر الأجنبي وحدهـا المبرر الوحيـد لاتخـاذ هـذه الإجـراءات، أو إذا انصبـت على ممتلـكات عدد مـن الأجانب من جنسـية أو جنسـيات معينـة دون أن يطبـق عـلى الأجانـب من جنسـيات أخـرى [1]، إلا إن ليـس كل تمييـز بـين أنـواع المسـتثمرين وفئاتهم تعتـبر إجراءات تمييزيـة، أي إن نزع الملكيـة الـذي يسـتهدف المسـتثمر الأجنبـي لا يكـون تمييزيـاً بحـد ذاتـه بـل يجـب أن يكـون سـبب نـزع الملكية هو جنسـية المسـتثمر [2].

(1) - د. هشام صادق - الجنسية والموطن ومركز الأجانب - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع - ص 116.

(2) - UNCTAD - Series on Issues in International Investment Agreements II - expropriation - 2012 - p 34.

فـإذا أصـدرت دولـة مـا مراسـيم بتأميـم مصالـح مجموعـة عرقيـة معينـة، فـأن هـذا المرسـوم يكـون غـير مـشروعٍ لقيامـه عـلى أسـاس تمييـز عنـصري، ولكـن إذا كان الغـرض من المراسـيم إنهـاء الهيمنةً الاقتصاديـة لمجموعة اثنية أو قوميـة خارجية، فأنه يمكـن أن يكـون هنـاك مجـالٌ للاحتجـاج بعـدم انتهـاك مبـدأ عـدم التمييز[1].

وقـد احتجـت العديد من الـدول بهذا الشرط لبيان عـدم مشروعية نزع الملكية، مـن قبيـل احتجـاج الولايات المتحـدة الأمريكية عـلى التأميمات التي قامـت بها رومانيا للمشـاريع المملوكـة للرعايـا الأمريكان واسـتثنائها المشروعـات العائدة ملكيتهـا للرعايا السـوفييت، وكذلـك احتجـاج هولنـدا عـلى ضـد التأميـمات الاندنونسـية التـي انصبت عـلى ممتلـكات الرعايا الهولنديـين دون غيرهم.

ويمتـاز شرط عـدم التمييـز بطابعه النسـبي، حيث نجد إن اتجاهـات القضاء قد اختلفـت في تطبيـق ذلـك الـشرط، فالقضـاء في الولايـات المتحـدة الأمريكيـة، اعتبر قيام كوبـا بتأميـم المصالـح الأمريكيـة لديهـا، واسـتثنائها المصالـح السـوفيتية، إخـلالا بمبـدأ المسـاواة الـذي تقـره الأصول العامـة في القانون الـدولي العـام، وفي ذات الاتجاه ذهبت المحاكـم الهولنديـة، عنـد نظرها مسـألة التأميمات التـي طالت مصالحها في اندونيسـيا، بينـما نجـد إن القضـاء في ألمانيـا اعتـبر إن من حق الشـعوب التـي كانت مُسـتَعمَرة، أن تتخـذ موقفـاً مغايـراً تجـاه مصالح الدولـة الاسـتعمارية القديمة، ومثل هـذه المعاملة لا تعـد إخـلالا بمبدأ المسـاواة، وإنمـا تؤدي في حقيقتهـا إلى خلق مسـاواة لم تكن قائمة من قبـل نتيجة للأوضاع الاسـتعمارية السـابقة [2].

ويبـدو إن ذلـك الاسـتثناء الـذي أخـذت به بعـض المحاكم يتعلق حـصراً بحالات خاصـة ومحـدودة، تتصـل بحـالات تأميـم مصالـح الدولـة المسُـتعمِرة دون غيرهـا، لما في ذلـك مـن آثـار وتبعـات سياسـية واقتصاديـة تتعلـق بالعلاقـة السـيئة بـين الدولـة

(1) - M. Sornarajah - ibid - p 106.

(2) - د. هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 54 - 55.

الاستعمارية، والدولة التي استقلت عنها، والذي يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار، أما في الحالات الأخرى، فأن قيام الدولة بتمييز بعض المصالح العائدة لمستثمرين من جنسية معينة دون غيرها، يبقى يشوبها عدم المشروعية وفقاً للقانون الدولي.

وفي إطار محاكم التحكيم تم اعتماد هذا الشرط في عدة قضايا منها قضية (Eureko) الذي قام بشراء 30% من شركة التأمين البولندية وهي شركة عامة عند خصخصتها، وبعد عرض بقية الأسهم للاكتتاب العام، منعت الحكومة البولندية المدعي من شراء الأسهم المعروضة لاحقا باعتباره أجنبيا، وقد لاحظت المحكمة إن وزراء المالية المتعاقبين أعلنوا بشكل صريح حرصهم على إبقاء شركة التأمين بعد خصخصتها تحت سيطرة الأغلبية من المواطنين البولنديين واستبعاد سيطرة الأجانب عليها، وقررت المحكمة " إن ذلك السلوك التمييزي ينتهك بشكل صريح لتوقعات الأطراف عند إبرام اتفاق شراء الأسهم " واعتبرت ان ذلك يمثل معاملة تمييزية [1].

- **الشرط الثالث / أن يتم وفقاً للأصول القانونية:**

أشارت العديد من الاتفاقيات إلى شرط اتخاذ الإجراءات القانونية المرعية في البلد المضيف عند المبادرة إلى نزع الملكية [2]، فقد أشارت اتفاقية الاستثمار بين العراق وأرمينيا بأن نزع الملكية لا يكون إلا وفقا للتشريعات الوطنية ذات السريان العام[3].

(1) - قضية (Eureko) ضد جمهورية بولندا - التي تم نظرها من قبل لجنة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (L. Yves Fortier) وصدر الحكم بتاريخ 19 / آب / 2005 - الفقرة 242.

(2) - من الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي نصت عليه اتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية NAFTA، وميثاق رابطة دول جنوب شرق آسيا ASEAN، ومعاهدة ميثاق الطاقة.

(3) - المادة (5) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق وجمهورية أرمينيا الموقعة في بغداد بتاريخ 7 / 11 / 2012 والمصادق عليها بالقانون رقم (4) لسنة 2014 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4309) في 10 / 2 / 2014.

فـأن كانـت كل دولـة ذات سـيادة، تمـارس سـلطاتها تحـت ظـل القانـون، فهـذا يعنـي وجـود حـدود قانونيـة تحد مـن تصرفاتها يجـب عليها التقيـد بها، وعـادةً مايتم رسـم هـذه الحـدود من خـلال الدسـتور الـذي يعتـبر الأداة المعيارية التي تمنـح الدولة الحـق في فـرض الأعباء والقيود، ونفس الأمر يحصل بالنسـبة للملكيـة الأجنبية الخاصة، وهـذا يعنـي إن القيـود التـي يتـم فرضهـا عـلى المواطنـين أيضـا تنطبـق عـلى الأجانب، وتحديـداً في التعامـل مـع نزع ملكيـة المسـتثمر الأجنبي[1].

وتصـف محكمـة العدل الدولية عدم مراعاة الإجـراءات القانونية الداخلية في نزع الملكيـة بأنـه "تعسـف "، حيـث اعتـبرت قـرار وضع اليـد على ممتلـكات الشركـة الصادر عـن عمـدة البلدية تجاوزاً لحدود سـلطته الأمـر الذي يجعله معيباً في شرعيته وتعسـفياً، واعتـبرت المحكمـة إن التعسـف هو " التجاهل المتعمـد للأصول القانونيـة الواجبة " [2].

وقـد أشـارت محاكـم التحكيـم في عـدة قضايـا لمسـألة مراعـاة الإجـراءات القانونيـة عنـد نـزع ملكيـة المسـتثمر، فقد قـررت محكمة التحكيـم في احـد القضايا[3] بـأن قيـام الحكومـة المصريـة بالاسـتيلاء على سـفينة تعـود لأحـد المسـتثمرين ومن ثم بيعهـا مـن قبـل سـلطة الموانـئ بأنهـا لم تسـتوفِ الإجـراءات القانونية اللازمـة، وخاصة منهـا موضـوع التبليغـات، حيـث لم يتـم إبـلاغ المالـك بذلـك، وهـو مـا يتعـارض مـع متطلبـات المعاملـة العادلـة والمنصفـة للمسـتثمرين الـواردة في اتفاقيـة الاسـتثمار

(1) - Javier haro benavides - ibid - p 5.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية (الكترونيكا سيكولا ELSI S.P.A) بين الولايات المتحدة الأمريكية وايطاليا بتاريخ 20 / تموز / 1989 - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية للفترة 1948 - 1991 - ص 267.

(3) - قضية (Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.) اليونانية ضد جمهورية مصر العربية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم ARB / 99 / 6 - بتاريخ 12 / نيسان / 2002

الثنائيـة [1]، وفي قضيـة أخـرى اعتـبرت المحكمـة إن عـدم إبـلاغ المسـتثمر بمصـادرة المـشروع، وعـدم منحـه الفرصـة لبيـان وجهـة نظره حتـى بعد المصـادرة، يعتـبر انتهاكاً للإجـراءات القانونيـة المطلوبـة [2].

- **الشرط الرابع / التعويض:**

يعتـبر هـذا الـشرط شرطـاً أساسـيا في معادلـة السـيادة وحقوق الآخريـن، حيث لايُمكـن إعـادة المعادلـة إلى نصابهـا دون تحقـق هـذا الشرط.

لذلـك اتفقـت جميـع الاتفاقيـات الدوليـة عليه، ومنهـا اتفاقية تشـجيع وحماية الاسـتثمارات بـين الـدول الأعضـاء في منظمـة المؤتمـر الإسـلامي التـي أجـازت نـزع ملكيـة الاسـتثمار للمصلحـة العامـة وفقـاً للقانـون عـلى أن يتـم " دفـع تعويـض كاف وفعـال وبـدون تأخـير للمسـتثمر وفقـاً لقوانـين الدولـة المضيفـة التي تنظـم مثل هذه التعويضـات " [3].

كـما نصـت اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق وفرنسـا عـلى انه " يجـب أن تقـود جميـع إجـراءات نـزع الملكيـة التـي قـد تُتخـذ إلى دفع تعويـض عاجل وملائـم " [4].

(1) - تنص المادة (2 / ثانيا) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية مصر العربية واليونان لعام 1993 على " تعامل استثمارات المستثمرين لكلا طرفي الاتفاقية في جميع الأوقات معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بالحماية والأمان الكاملين "

(2) - قضية (Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi) ضد جمهورية مصر العربية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID - القضية رقم ARB / 05 / 15 - بتاريخ 1 / تموز / 2009 - الفقرة 442.

(3) - المادة العاشرة / 2 / أ من الاتفاقية..

(4) - المادة 6 / 2 من الاتفاقية.

وإذا كان التعويض يُعتبر شرطاً من شروط نزع الملكية لغرض وصفها بالمشروعية، فأنه يكون من ناحية أخرى اثراً من آثار قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار، لذا فانه سيتم بيانه بشكل أكثر تفصيلاً في مورده باعتباره اثراً للمسؤولية.

وأخيرا لابد من الإشارة إلى إن الشروط المذكورة مجتمعة يقع على الدولة المضيفة استيفاؤها، وأن الإخلال في احدها يوجب القول بعدم شرعية إجراءاتها، وبالتالي قيام مسؤوليتها الدولية لارتكابها انتهاكاً لقواعد القانون الدولي.

بل أكثر من ذلك، لا يعفي الدولة المضيفة من مسؤوليتها الاحتجاج بأنها لم تؤد أي تعويضات لمواطنيها الذين انتزعت ملكيتهم، وان كان ذلك يحقق المساواة وعدم التمييز بين المواطنين والأجانب، حيث إن الالتزام بأداء التعويض هو التزام منفصل تماماً عن الالتزام بمراعاة مبدأ المساواة، فأن كان للدولة أن تعامل رعاياها على النحو الذي تراه، باعتبار إن هذه المسألة تدخل في اختصاصها الداخلي المطلق، فأنه ليس لها بحال من الأحوال، أن تهبط في معاملتها للأجانب عن الحد الأدنى من الحقوق المقرر لهم بمقتضى العرف الدولي بحجة المساواة بينهم وبين الوطنيين [1].

(1) - د. هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 67.

المبحث الثالث

آثار مسؤولية الدولة المضيفة عن انتهاك الالتزام بحماية الاستثمار الأجنبي

إن ما يمكـن أن يتعرض له المسـتثمر الأجنبي من خسـائر وأضرار نتيجة المخاطر غـير التجاريـة، سـواء كانت هـذه الأضرار مادية، تمـس مشروعه الاسـتثماري، أو معنوية تلحـق الأذى بسـمعته التجاريـة، فـأن القانـون الـدولي يفـرض عـلى الدولـة المضيفـة للاسـتثمار التـي تسـببت بذلـك الـضرر أن تبـادر إلى علاج تلـك الخسـائر وتعويض تلك الأضرار، باعتبـار إن ذلـك يُمثـل تحقيقـاً للعدالـة التـي هـي غايـة أساسـية في أي نظـام قانوني.

وقـد اشـتمل القانـون الـدولي عـلى عـدة وسـائل لجـبر الـضرر، تعمـل بشـكل تكامـلي، تشـكل بمجموعهـا نظامـاً قـادراً عـلى تحقيـق العدالـة وإنصـاف المسـتثمر الأجنبـي المتـضرر، وقـد دونـت لجنة القانـون الدولي هذه الوسـائل في مشروعها بشـأن مسـؤولية الدولـة، والتـي عـبرت عنهـا بوسـائل " جـبر الخسـارة " أو جـبر الـضرر الـذي يلحـق بالمسـتثمر الأجنبـي، وهـي امـا تكـون بالـرد أو التعويـض أو الترضيـة أو بالجمع بينهـا [1].

ومـما تجـدر الإشـارة إليـه في هـذا الخصـوص إن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة والمطالبـات التـي تمـت عـلى أساسـها، تعتـبر التعويـض هـو القاعـدة الأساسـية في جـبر الـضرر الـذي يمـس المسـتثمر الأجنبـي.

(1) - المادة (34) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول.

وسنبين في أدناه صور جبر الضرر التي اقرها القانون الدولي:

- المطلب الأول: الرد
- المطلب الثاني: التعويض
- المطلب الثالث: الترضية

المطلب الأول

الرد

يوجد اتجاهان في تحديد مفهوم رد الحق يختلف كلٌ منهما عن الآخر من حيث مدى تغطيتهما للضرر أو الخسارة التي تلحق بالمستثمر الأجنبي:

1 - **الاتجاه الأول** / يعتبر رد الحق متمثلاً في إعادة إقرار الوضع القائم من قبل، أي الحالة التي كانت موجودة قبل وقوع الفعل غير المشروع، ويؤيد هذا الاتجاه في التعريف كل من دي فيشر وفردروس وزيمانيك وبيسونيت وناجي وغيرهم.

2 - **الاتجاه الثاني** / يعتبر رد الحق متمثلاً في إقرار أو إعادة إقرار الحالة الموجودة أو التي كانت ستوجد إذا لم يرتكب الفعل غير المشروع، ويؤيد هذا الاتجاه في التعريف انزيلوتي وستروب وريتزير وموريللي وخمينيز دي اريشياغا وغيرهم، وهو ما أخذت به محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مصنع شورزو [1].

ويتضح إن الاتجاه الأول يشير لأغراض رد الحق إلى الحالة القانونية والواقعية التي كانت موجودة بالفعل في الماضي وتغيرت بصورة إضافية أو أساسية نتيجة للانتهاك، بينما يُشير التعريف الثاني إلى وضع قانوني وواقعي نظري لم يكن في أي وقت جزءً من الواقع ولكنه كان يُمكن، افتراضاً، أن يُشكل جزءً منه، إذا لم يتدخل الفعل غير المشروع في مجرى الأحداث.

(1) - لتفاصيل أكثر عن تعاريف هؤلاء الفقهاء، انظر تقرير السيد غيتانو ارانجيو رويس عن مسؤولية الدولة - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1988 - المجلد الثاني - الجزء الأول - وثائق الدورة الأربعون - ص 59 - 61.

ونجـد إن الاتجـاه الثـاني، رغـم صعوبتـه في التطبيـق، يمثـل وجهاً اقـرب للعدالة وأكـثر حمايـة للمسـتثمر المتـضرر، باعتبـار إن نـزع الملكيـة تفصلـه عن موعـد رده إلى مـاكان عليـه فـترة مـن الزمـن، تمثـل إضافـة حقيقيـة في قيمـة الاسـتثمار، خاصـة إذا ما كان المـشروع الاسـتثماري في مرحلـة تحقيـق الأربـاح، كما انـه ايضاً يحقـق العدالة من جانـب الدولـة إذا مـا كان المـشروع غـير مثمر ويحقق خسـائر.

وقـد أخـذت لجنـة القانـون الـدولي بالاتجـاه الأول حيـث عرفـت الـرد بأنـه " إعـادة الحالـة إلى مـا كانـت عليـه قبـل ارتـكاب الفعـل غـير المـشروع دولياً، بـشرط أن يكـون هـذا الـرد وبقـدر مايكـون:

(أ) غير مستحيل مادياً.

(ب) غـير مسـتتبع لعـبء لا يتناسـب إطلاقـا مع المنفعـة المتأتية مـن الرد بدلاً مـن التعويض[1].

وعليـه يجـب أن يتوافـر هـذان الشرطـان حتـى يكـون الـرد ممكنـاً، وهـو مـا ذهبـت إليـه محكمـة العـدل الدولية بأنـه " في الحالات التـي يكون فيها الرد مسـتحيلاً مـن الناحيـة الماديـة أو ينطـوي عـلى عبء لا يتناسـب إطلاقا مـع المنفعـة المتأتية منه، يأخـذ الجـبر شـكل التعويـض أو الترضية أو حتى كليهـما[2]"، وأكدته في حكـم آخر، جاء فيـه " وفقـاً للقواعـد العامـة للقانـون الـدولي المتعلقـة بمسـؤولية الـدول عـن الأفعـال غـير المشروعـة دوليـاً، فـأن الدولة المسـؤولة ملزمـة بأن تعيد عـن طريق الجـبر، الحالة إلى مـا كانـت عليـه قبـل ارتـكاب الفعـل غير المـشروع دولياً، بـشرط أن يكـون ذلك غير مسـتحيل ماديـاً وغـير مـؤد لعـبء لا يتناسـب مطلقاً مع المنفعـة المتأتية مـن الرد بدلاً مـن التعويض"[3].

(1) - المادة (35) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن المسؤولية الدولية.

(2) - قضية طاحونتي اللب على نهر الاورغواي - بين الأرجنتين والاورغواي بتاريخ 4 / ايار / 2006 - تقارير محكمة العدل الدولية لعام 2010 - الفقرة 273.

(3) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية الحصانات القضائية للدول - القضية بين ألمانيا وايطاليا في 23 / كانون الأول / 2008 - الحكم الصادر في 3 / شباط / 2012 - الفقرة 504.

وفي إطار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار صدرت عدة أحكام تأكيداً لذلك ومنها قضية (CMS Gas Transmission Company) ضد الأرجنتين حيث وجدت المحكمة " إن الحالة التي يتميز بها النزاع نتيجة القضايا المعقدة المرتبطة بالأزمة الاقتصادية في الأرجنتين، سيكون من غير الواقعي تماما للمحكمة أن تأمر المدعى عليه العودة إلى الوراء واعتماد الإطار التنظيمي القائم قبل اتخاذ تدابير الطوارئ " [(1)].

ولا يقتصر الرد على الرد المادي للأموال والممتلكات التي يتم نزعها من المستثمر الأجنبي، كأن تقوم الدولة بإعادة العقار الذي قامت بمصادرته أو المكائن التي استولت عليها، وإنما يتطلب في حالات أخرى إجراءً قانونياً، لايكتمل الرد ولا يكون له قيمة إذا لم يتم اتخاذه، كأن تقوم الدولة المضيفة بإلغاء تشريع صادر عنها أو حكم قضائي أو قرار إداري، حيث يكون سبب الضرر بالمستثمر الأجنبي هو تلك الأعمال القانونية، ولا يُمكن الاستعاضة عن إلغائها بدفع تعويض مالي.

وتوجد العديد من الأمثلة التي تم فيها الرد المادي للأموال التي تم نزع ملكيتها، حيث قامت اللجنة المشتركة بين فرنسا وايطاليا التي تم شُكلت عام 1947 بموجب معاهدة السلام بإعادة الفندق الذي قامت ايطاليا بالاستيلاء عليه، وإعادة ممتلكات السكة الحديدية المملوكة للشركة الوطنية الفرنسية للسكك الحديدية [(2)].

(1) - قضية (CMS Gas Transmission Company) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 01 / 8 - بتاريخ 12 / ايار / 2005 - الفقرة 406.

(2) - تقرير السيد غيتانو ارانجيو رويس عن مسؤولية الدولة - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1988 - المجلد الثاني - الجزء الأول - وثائق الدورة الأربعون - ص 68 - 69.

وبشـأن الـرد القانـوني ايضاً توجد العديـد من التطبيقات، ففـي قضية (مارتيني) قـررت محكمـة التحكيـم في 3 / ايـار / 1930 بـأن فنزويـلا ملتزمة بإلغـاء حكم محكمة التمييـز الفيدراليـة الفنزويليـة التـي كانـت قد ألغت امتياز السـكك الحديـد والتعدين الممنوح للشركـة الايطالية [1].

ويمكـن أن يتخـذ الـرد صـورة " إعـادة التفـاوض بشـأن العقـد " بـين الدولـة المضيفـة والمسـتثمر الأجنبـي، وهذا ما أشـارت اليه محكمة التحكيـم في قضية (Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P.) حيـث تذهـب المحكمـة إلى انـه " في ظـل غيـاب الاتفـاق عـلى تحديد جبر الـضرر عن طريق الـرد من خلال إعـادة التفاوض مثـلا، فـأن المعيـار المناسـب لجـبر الـضرر بموجـب القانـون الـدولي هـو التعويـض " [2]، وبذلـك اعتـبرت المحكمـة إن إعـادة التفاوض والاتفاق بـين الطرفين يمثـل رداً للحال إلى مـا كان عليـه، ولكـن هـذا الاعتبـار في الـرد لم يكـن محـل اتفـاق بـين محاكـم التحكيم، حيـث انـه في قضيـة (Sempra Energy International) لم تعتـبر المحكمـة إعـادة التفـاوض بـين الأطـراف بمثابـة الـرد بمعناه الضيـق [3].

ونجـد إن مـا ذهبـت إليـه المحكمـة في هـذه القضيـة هـو الأقرب للصحـة، ذلك انـه لا يُمثـل رداً خالصـاً بحسـب ماعرفتـه لجنـة القانـون الـدولي مـن إعـادة الحـال إلى مـاكان عليـه قبـل ارتـكاب الفعـل غـير المـشروع، وإنمـا هو مزيـج من وقـف الفعل غير المـشروع والتسـوية الودية.

(1) - المصدر نفسه - ص72.

(2) - قضية (Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P.) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 01 / 3 - بتاريخ 22 / ايار / 2007 - الفقرة 359.

(3) - قضية (Sempra Energy International) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 02 / 16 - بتاريخ 28 / أيلول / 2007.

وفي بعض الحالات، تُعرِض المحاكم عن الحكم بالرد وتختار التعويض بدلاً عنه، ليس باعتبار استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، وإنما لتعلق ذلك باعتبارات سيادة الدولة، وهو ما أشارت إليه محكمة التحكيم في قضية (LG&E) بأن " الرد القانوني المطلوب في هذه الحالة يعني ضمناً تعديل الوضع القانوني الحالي عن طريق إلغاء أو سن تشريعات أو اتخاذ تدابير إدارية لمحو آثار التشريع المُسبب للانتهاك، ولا يُمكن للمحكمة أن تُجبِر الأرجنتين أن تفعل ذلك دون الشعور بأنه تدخل لا مبرر له في سيادتها " [1]، لذلك اتجهت المحكمة إلى الحكم بالتعويض تجنباً لذلك.

وفي حالات أخرى يصطدم الحكم بالرد بعقبة تتمثل في وجود نظام قانوني دولي ينبغي ان يُراعى حتى يكون تنفيذ الحكم ممكنا وليس متعسراً، وهو ما نجده في قضية (Micula) حيث أصدرت رومانيا عدداً من التشريعات تتضمن إلغاء لبعض حوافز الاستثمار كالإعفاء من الرسوم والضرائب، وذلك تلبية لمتطلبات الانضمام للاتحاد الأوربي، باعتبار إن هذه الحوافز تخالف قانون المساعدات الخارجية في الاتحاد الأوربي، وقد طالب المدعي إعادة النظام القانوني السائد قبل انضمام رومانيا للاتحاد الأوربي كون إصدار هذه التشريعات قد أضرت به.

واعترضت رومانيا على ذلك بأن ليس للمحكمة سلطة الأمر بإعادة العمل بالنظام القانوني السابق كونه ينتهك قانون الاتحاد الأوربي، وقد ردت المحكمة وجهة النظر المتعلقة بافتقارها لسلطة الأمر هذه، ولكنها لم تحكم بالرد، وإنما بالتعويض [2].

(1) - قضية (LG&E) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 02 / 1 - بتاريخ 25 / تموز / 2007 - الفقرة 87.

(2) - قضية (Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L.) ضد رومانيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 20 - بتاريخ 11 / كانون الأول / 2013.

والواقـع يشـير إلى إن الـرد يعترضـه الكثـير مـن المعوقـات التـي تجعـل الاتفـاق عليـه أو الحكـم بـه مسـتحيلاً أو متعـسراً، لذلـك نجده لا يُمثل إلا نسـبة محـدودة جداً مـن الحـالات التـي تـم جبر الـضرر فيهـا بموجبه.

المطلب الثاني

التعويض

يُعرف التعويض بأنه " إصلاح الضرر الحادث على شكل دفع مبالغ نقدية أو تقديم أشياء عينية يقبلها المضرور، أو يُحكم له بها من قبل جهات مختصة [(1)].

ويعتبر التعويض أكثر وسائل جبر الضرر استخداماً سواء كان بمفرده أو مع وسائل الجبر الأخرى اذ يؤدي دوراً تكميلياً، بالإضافة إلى إن محاكم التحكيم في قضايا الاستثمار الدولي تعتمده كثيراً في تسوية النزاعات، لذلك سيتم التركيز بشكل اكبر على بيان تفاصيله، حيث نعرض بالبيان التعويض الكامل باعتباره يُمثل جبر الضرر في حالة نزع الملكية غير المشروعة، وكيفية احتساب التعويض، وكيفية دفع التعويض للمستثمر.

أولا: التعويض الكامل

إن الفعل غير المشروع يستوجب التعويض عن كامل الضرر، وهو ما بينته محكمة العدل الدولية الدائمة من أن التعويض يجب أن يمحو كل الآثار المترتبة عن الفعل غير المشروع، وإعادة الحال إلى ماكان عليه سابقاً إن أمكن [(2)].

(1) - د. محسن افكيرين - مصدر سابق - ص 566.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مصنع شورزو بين ألمانيا وبولندا - الصادر بتاريخ 13 / أيلول / 1928.

وفي هـذا الصدد تذهب محكمة التحكيم في قضية Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs إلى تقريـر ذلـك بالقـول " عـلى الدولـة التـزام بجـبر كامـل الخسـارة الناجمـة عـن الفعـل غير المـشروع دوليـاً "[1].

ومـما يلاحـظ إن بعض اتفاقيات الاسـتثمار الثنائيـة أوردت عبارة (كافٍ) لوصف التعويـض المسـتحق عنـد نـزع الملكيـة، وقـد تباينـت التطبيقـات وممارسـات الـدول بشـأنها، فيذهـب البعـض إلى إنهـا تعنـي التعويـض " الكامـل " أو " التـام "، ويذهـب آخـرون إلى إنهـا تعنـي " فقـط" التعويضـات التـي تعكـس بأنصـاف القيمـة السـوقية للملكيـة التـي تم نزعهـا [2].

وعـلى أيـة حـال يكون التعويـض الكامل في حال نـزع الملكية غـير المشروعة من عنصرين:

1 - التعويض عما لحق المستثمر الأجنبي من خسارة

إن تقديـر القيمـة الماليـة للاسـتثمارات التـي يتـم نـزع ملكيتهـا يتم على أسـاس القيمـة السـوقية العادلـة وهو ما أخذت به اتفاقيات الاسـتثمار الدوليـة، ومنها اتفاقية تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق وفرنسـا التـي نصت عـلى انه " يجـب أن تقود جميـع إجـراءات نـزع الملكيـة التـي قـد تتخـذ إلى دفع تعويـض عاجل وملائـم على أن يتـم تقييـم مبلـغ هذا التعويض، المعـادل للقيمة الفعلية للاسـتثمارات المعنية بالنسـبة لوضـع اقتصـادي طبيعي وسـابق لأي تهديد بنـزع الملكية"[3].

(1) - قضية (Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs) ضد جمهورية جورجيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 18 and ARB / 07 / 15 - بتاريخ 3 / آذار / 2010 - الفقرة 467.

(2) - Jason Webb Yackee - Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties, Myth and Reality - Fordham International Law Journal - Volume 32 - Issue 5 - 2008 - p 1560.

(3) - المادة (6 / 2) من الاتفاقية، كما نصت المادة (11 / 2) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار =

وهـو مـا أكدتـه لجنـة المطالبـات الأمريكيـة - الإيرانيـة حيـث أشـارت إلى انـه " بموجـب القواعـد العامـة للقانـون الـدولي ينبغـي أن يكـون التقييم على أسـاس القيمة السـوقية العادلة للأسـهم "[1].

ومـما تجـدر الإشـارة إليـه في هـذا الخصـوص إن تقديـر التعويـض عـلى أسـاس " القيمـة السـوقية العادلـة "، هـو مـا أخـذت بـه محاكـم التحكيـم في قضـاء تسـوية منازعـات الاسـتثمار، حتـى في حالـة عـدم ذكر ذلـك في اتفاقيـة الاسـتثمار ذات العلاقة، ففـي قضيـة (IoannisKardassopoulos & Ron Fuchs) وجـدت محكمـة التحكيـم إن " تقديـر التعويـض يجـري عمومـاً على أسـاس القيمة السـوقية العادلـة للممتلكات المفقـودة " وأن يتـم " اعتـماد المعيـار الواجـب التطبيـق للتعويـض عـن انتهـاك نـص يقـضي بالمعاملـة العادلـة والمنصفـة، في حـال سـكتت المعاهـدة المعنيـة حيـال هـذه النقطـة" [2].

غـير إن تقديـر القيمـة السـوقية العادلـة يتوقـف عـلى طبيعـة الأصـول المعنية، فعندما تكون الممتلكات قيد البحث أو الممتلكات المماثلة لها متداولة بحرية في سـوق مفتوحـة، تُحـدد القيمـة على نحو أيـسر، وفي مثل هذه الحالات، لا يُثـير اختيار وتطبيق الأسـاليب المناسـبة لتقديـر قيمـة الأصـول بنـاءاً عـلى البيانـات السـوقية والمواصفـات الماديـة أيـة مشـاكل نسـبياً، باسـتثناء الصعوبـات المتصلة بالأدلـة والمرتبطـة بالمطالبات

=بين العراق واليابان لعام 2012 على " يعادل التعويض القيمة السوقية العادلة للاستثمار المنزوع ملكيته في وقت الإعلان عنه بصورة علنية بنزع الملكية، أو عند حدوث نزع الملكية، أيهما اسبق، على أن لا تعكس القيمة السوقية العادلة أي تغيير في القيمة الحاصلة بسبب الإعلان المسبق لنزع الملكية "

(1) - قضية (American International Group, Inc) ضد إيران - التي نظرتها لجنة المطالبات الأمريكية الإيرانية - الحكم الصادر بتاريخ 19 / كانون الأول / 1983.

(2) - قضية (Ioannis Kardassopoulos& Ron Fuchs) ضد جمهورية جورجيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 18 and ARB / 07 / 15 - بتاريخ 3 / آذار / 2010.

المُعلقة منذ مدد طويلة، أما عندما تكون المصالح المتصلة بالممتلكات موضع البحث فريدة من نوعها أو غير عادية، كما في حالة الأعمال الفنية والممتلكات الثقافية الأخرى، أو عندما لاتكون هذه الممتلكات موضوع معاملات سوقية مألوفة وحديثة فأن تحديد القيمة يكون أكثر صعوبة، وقد يصح هذا، مثلاً فيما يتعلق ببعض المشاريع التجارية التي تدخل في عداد المشاريع التجارية العاملة، وخاصة إذا كانت أسهمها غير متداولة بانتظام.

وتتناول غالبية القرارات الصادرة عن المحاكم المختصة المختلفة منذ عام ١٩٤٥ مطالبات تتعلق بالمشاريع التجارية المؤممة، وكان النهج المفضل في هذه الحالات هو فحص أصول المشروع، مع مراعاة الاسم التجاري والربحية، حسب الاقتضاء، ويمتاز هذا الأسلوب باعتماده قدر الإمكان على التقييم الموضوعي لقيمة الأصول المادية التي يقوم عليها المشروع. وقد تكون قيمة الاسم التجاري والمؤشرات الأخرى للربحية غير مؤكدة، ما لم تُستمد من المعلومات المتاحة من عملية بيع تمت مؤخراً أو من عرض مقبول مقدم على أساس المنافسة المطلقة، ومع ذلك، وفيما يتعلق بالمشاريع التجارية التي تسعى إلى تحقيق الربح، إذا فاقت قيمة المشروع بأكمله قيمة مجموع الأجزاء التي يتكون منها، سيكون التعويض ناقصاً إذا لم تؤخذ هذه العوامل في الاعتبار الواجب.

وتوجد أساليب متعددة لتقدير قيمة خسارة رأس المال بالرجوع إلى القيمة الدفترية، أو من خلال أسلوب التصفية أو الإنهاء إذا لم يكن المشروع عاملاً وغيرها[1].

(1) - للاطلاع على تفاصيل أكثر عن تلك الآليات راجع الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي 2001 - المجلد الثاني - الجزء الثاني - تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2001 / Add.1 - ص 133 - 134.

2 - التعويض عما فاته من كسب

مـن الأحـكام الشـهيرة التـي كانـت محـلاً للاسـتدلال بهـا في مناسـبات متعددة، هـي التحكيـم بين الولايـات المتحدة الأمريكيـة وبريطانيا فيما يُعرف بقضيـة (الالباما)، التـي كان لمسـألة التعويـض عن فوات الكسـب فيهـا مورد، حيث قـررت في هذا الصدد بأنـه " ليـس بالإمـكان أن تكـون الأربـاح المحتملـة موضوعـاً للتعويـض، لأنهـا بطبيعتها رهـن بظـروف مقبلة غير مؤكـدة "[1].

لقـد أقـام هـذا الحكـم بعـدم التعويـض عن فوات الكسـب أساسـه عـلى اعتبار مفهـوم الأربـاح المحتملـة، التـي يمكـن أن تتحقـق أو لا تتحقـق، واسـتبعاد التعويـض عنهـا لهذا السـبب.

ولكـن ذلـك التوجـه الـذي قررتـه المحكمة بهذا الصـدد، تمت مناقشـته في الفقه والقضـاء الدوليـين باسـتفاضة، ووجـدوا انـه مـن غـير المقبـول اعتبـار فـوات الكسـب داخـلاً في الأضرار غـير المبـاشرة، وأنـه يكفـي لإثبـات فـوات الكسـب أن يفـترض القاضي إن الخسـارة المحـددة وفقـاً للمجـرى العـادي والطبيعـي للأحـداث لم تكـن لتقـع لو لم يرتكـب الفعـل غـير المشروع.

ويقـدم المخالفـون في الـرأي لمـا ذهبـت إليـه المحكمـة تحليلاً منطقيـاً بخصوص فـوات الكسـب بأن " السـمة الأساسـية لفوات الكسـب هـي انه يتنـاول واقعة محتملة ولكـن الاحتماليـة بحـد ذاتها لا تسـتبعد إمكانية اعتبـار الضرر، أي منـع شيء ذي قيمة مـن أن يصبـح جـزءً مـن مـال المـرء، نتيجـة مبـاشرة إلى حـد مـا للفعـل غـير المـشروع، فالاختـلاف الوحيـد بـين فـوات الكسـب والخسـارة الواقعـة، هـو انه بـصرف النظر عن السـببية التي يجب أن تكون قائمة في جميع الأحوال بين الفعل غير المشروع والتعويض

(1) - حكم محكمة التحكيم في النزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا - صدر الحكم فيها بتاريخ 14 / أيلول / 1873.

عـن الـضرر، يلـزم افـتراض آخـر في حالـة فـوات الكسـب، هـو افـتراض الوجـود إذا جاز القـول، أي في تسلسـل الأمـور الطبيعـي والمتوقع يتم الحصول، عـلى الأرجح، على الربح المحـدد المُطالـب بتعويضـات عنـه، إذا لم يُقـترف الفعل غير المـشروع [1].

واتسـاقاً مـع هـذا التحليـل المنطقي المُحَقِـق للعدالة، فـأن العديد مـن الأحكام اللاحقـة لقضيـة " الالبامـا" أخـذت بالتعويـض عـن فـوات الكسـب، ومن بينهـا الحكم في قضيـة (liamco) ضـد ليبيـا، التـي قـرر فيهـا المحكـم إلـزام الحكومـة الليبيـة بدفـع تعويضـات للشركـة عـن نزع الملكية، تشـمل الخسـارة الواقعـة وفوات الكسـب [2]، وفي قضيـة (Sapphire international petroleums ltd) ضـد الشركـة الوطنيـة الإيرانيـة، حُكـم للشركـة المتـضررة بتعويـض الخسـائر الناشـئة عـن تنفيـذ العقـد، وصـافي الأرباح الفائتـة [3]، وكذلـك في قضيـة (Aminoil) ضـد الكويـت[4].

ثانياً: تقدير التعويض المُستَحَقْ للمستثمر الأجنبي

ان تقديـر التعويـض المسـتحق قد اثـار جدلاً كبيراً في القانـون الدولي، حيث يجد البعـض إن القانـون الـدولي لم يعـرف معيـاراً دقيقـاً وموحـداً لتقدير التعويـض النقدي عـن الأضرار التـي تلحـق بالمسـتثمر الأجنبـي، وذلـك لعـدم تطـور قواعـده والأحـكام الصـادرة عـن المحاكـم، وكذلـك ممارسـات الـدول إلى مسـتوى يمكـن معـه اسـتخلاص طريقـة واضحـة في هـذا الصدد.

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الحادية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1989) من وثائق الأمم المتحدة - ص 53.

(2) - قضية شركة (Libyan American Oil Company LIAMCO)) ضد ليبيا - تم نظرها من قبل المحكم صبحي محمصاني - الحكم الصادر في 12 / نيسان / 1977.

(3) - قضية شركة (Sapphire international petroleum's ltd) ضد إيران - الحكم الصادر في 15 / آذار / 1963.

(4) - القضية بين الكويت وشركة (The American Independent Oil Company) - التي نظرتها لجنة تحكيم برئاسة (Paul Reuter) - الحكم الصادر في 24 / آذار / 1982.

وقد عبر عن ذلك العديد من فقهاء القانون الدولي، فيصف بعضهم ذلك بالقول " إن القانون الدولي لا ينص على أي أساليب قياس دقيقة لتقدير التعويضات النقدية وأن التنوع غير المحدود في الحالات والظروف النوعية، لا يفسح بصدد هذه القضايا مجالاً لأكثر من توجهات عامة، وتكون تلك النقطة صحيحة حين نتعامل مع الضرر المادي، وأكثر صحة حين يكون علينا أن نحدد تعويضاً عن ضرر لا مادي"[1].

في حين في الجانب الآخر ثمة من يجد إن هناك " مسارات " سلكتها لجان المطالبات أو محاكم التحكيم مكنتها من الوصول إلى أحكامها الخاصة بتقدير الأضرار المتحققة، ويستدل على وجود نوع من التنظيم بصدد تقدير التعويض، بأن الدول التي تحيل نزاعها إلى هيئة محايدة، تفعل ذلك دون ريب وهي على يقين من إن هناك قواعد راسخة ومستقرة بشأن مبلغ التعويض، وأن القاضي ملزم بالانصياع لهذه القواعد، ولو أن هذا اليقين تزعزع لترددت الدول في اللجوء إلى محكم قد يحمل لها قراره مفاجآت غير مستحبة [2].

وعليه فأن تقدير مبلغ التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي المتضرر ونوعه يرجع إلى قرار المحكم، ويقرر ذلك في ضوء معطيات وظروف وملابسات كل قضية، وتقدير التعويض يكون في حدود ما تقتضيه مبادئ العدل والإنصاف التي على المحكم مراعاتها.

---

(1) - منهم ايغلتون ورايتسر وفيرزيل وغريفراث - انظر الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الحادية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1989) من وثائق الأمم المتحدة - ص 23 - 24.

(2) - مثل انزيلوتي الذي يجد إن المحاكم الدولية تأخذ بالقواعد المقررة للتعويض في القوانين الوطنية (المحلية) ولكنها لا تُطبق القانون الوطني بحد ذاته، بل تُطبق بأسلوب أكثر قدرة على الإقناع مبادئ قانونية دولية صيغت وفقاً لنموذج المبادئ أو القواعد المحلية، - يُنظر الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الحادية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1989) من وثائق الأمم المتحدة - ص 25 - 26.

ونجـد إن تحديـد مبلـغ التعويـض في النزاعـات الناشـئة عن الاسـتثمار الأجنبي، لـو اسـتثنينا تقديـر الـضرر المعنوي، يكـون أكثر وضوحاً مـن القضايا الأخـرى [1]، باعتبار إن الاسـتثمار تتحكـم فيـه أعـراف وقواعد اقتصاديـة وتجارية تضبط إلى حـد كبير نتائج وأربـاح نشـاط معـين في ظـروف معينـة، كـما إن النشـاط الاسـتثماري فيـه مـن الخبراء والمتخصصـين الذيـن يمكـن الاسـتعانة بهـم لتقديـر قيمة الـضرر الذي لحق بالمسـتثمر، يُضـاف لذلـك وجـود مؤسسـات تحكيميـة عريقـة، نظـرت في العديـد مـن النزاعات في هـذا الإطـار قـد اكتسـبت مـن المعرفـة العلميـة الدقيقـة مـا يؤهلهـا للبـت في تقديـر التعويـض، ومنهـا المركـز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار.

ويمكـن القـول إن مشـكلة تقديـر التعويـض تـبرز بصـورة واضحـة في الحـالات التـي لا توجـد فيهـا اتفاقيـة دوليـة تنظم احتسـاب التعويض ومـا يدخل فيـه وكيفيته، إلا إن تلـك الصعوبـة تـزول أو تقـل إلى حد كبير مع وجـود اتفاقيات الاسـتثمار الدولية التـي عـادةً مـا تتضمـن تفاصيـل عن كيفيـة التعويض، ومنها مـاورد في اتفاقية تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق وأرمينيـا التي جاء فيهـا " تبلغ هـذه التعويضات مقدار القيمة الفعلية للاسـتثمار منزوع الملكية، على أن يُحدد ويُحسـب وفق الأسـس العالمية المعروفة للتقييم، على أسـاس قيمة السـوق العادلة للاسـتثمار منزوع الملكية أو المتغير مبـاشرة في وقـت نـزع الملكيـة أو الإعـلان عنهـا، أيهـما أسرع، وتحسـب التعويضـات بالعملـة القابلـة للتحويـل والتـي يختارهـا المسـتثمر على أسـاس سـعر السـوق السـائد لتبـادل تلـك العملـة بتاريـخ التقييـم، وتُقدر الفائدة بسـعر الصرف التجـاري، في جميع الأحـوال بنسـبة الفائـدة أو مـا يعادلهـا مـن تاريخ نـزع الملكيـة، وحتى تاريـخ الدفع " [2]، وهـذه تفاصيـل تُسـهل كثـيراً عمـل اللجان والمحاكـم عند تقديـر التعويض.

---

(1) - من قبيل قضايا تعويض الأجانب في حالة الوفاة أو التعذيب أو الحجز التعسفي، حيث تدخل فيها اعتبارات معنوية كثيرة بالإضافة إلى الضرر الجسدي والأضرار التي تصيب عائلته، وتوقف مصدر رزقهم، وغيرها من الملابسات العديدة.

(2) - المادة (5 / 1 / ب) من الاتفاقية.

ومـن بـين أكـثر المسـائل أهمية عند تقدير التعويـض لغرض الجـبر الكامل، هي مسـألة الفائـدة المترتبة على المبلغ المسـتحق للمسـتثمر الأجنبي، حيـث يتوقف الحكم بالفائـدة عـلى ظـروف كل حالـة، وفي هـذا الخصـوص وجـدت محكمـة التحكيـم في قضيـة (Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs) إن " إصـدار حكـم بدفع الفائدة يتوقـف عـلى ظـروف كل حالـة، وبالأخـص عـلى مـا إذا كان منـح الفائـدة ضرورياً من اجل كفالـة الجـبر الكامل"[1].

وتحـدد بعـض الاتفاقيـات الدولية سـعر الفائدة بشـكل واضح، ومنهـا ما ورد في اتفاقيـة تشـجيع وحماية الاسـتثمار بـين العراق وأرمينيـا، حيث نصت " وتقـدر الفائدة بسـعر الـصرف التجـاري.. وتحتسـب مـن تاريـخ نـزع الملكية وحتـى تاريـخ الدفع على أن لايقـل عن معـدل LIBOR "[2].

إلا انـه في حالـة عـدم تحديـد الاتفاقيـة لطريقـة احتسـاب الفائـدة، فأنـه يكون عـلى المحكمـة أن تقـدر ذلـك بمـا يحقـق الجـبر الكامـل للـضرر، وهـو مـا ذهبـت إليه محكمـة التحكيـم في قضيـة (Marion Unglaube & Reinhard Unglaube) حيـث وجـدت إن " القانـون الـدولي العـرفي، عـلى النحـو الـذي تعـبر عنه مـواد لجنـة القانون الـدولي، يُبـين بوجـه عـام إن معـدل الفائـدة ينبغـي أن يُحـدد بحيـث يُحقـق النتيجـة المتمثلـة في الجـبر الكامـل " [3].

(1) - قضية (Ioannis Kardassopoulos& Ron Fuchs) ضد جمهورية جورجيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 05 / 18 and ARB / 07 / 15 - بتاريخ 3 / آذار / 2010 - الفقرة 660.

(2) - المادة (5 / 1 / ب) من الاتفاقية، معدل LIBOR هو اختصار لعبارة London Interbank Offered Rate ويعني معدل الفائدة التي يتم عرضها للقروض والتي تتعامل بها المصارف في سوق لندن النقدي، ومما يجدر ذكره إن نص الاتفاقية المذكورة أعلاه المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4309 في 10 / 2 / 2014 فيه خطأ فيما يخص هذا المصطلح حيث ورد (LDBOR) وهو ما ينبغي تصحيحه.

(3) - قضية (Marion Unglaube & Reinhard Unglaube) ضد جمهورية كوستاريكا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 08 / 1 and ARB / 09 / 20 - بتاريخ 16 / ايار / 2012 - الفقرة 320.

وإذا كان الحكم بدفع فائدة بسيطة هو السائد في الأحكام القضائية الدولية، فأن مقتضيات العدالة في بعض الحالات توجب أن يتم الحكم بالفائدة المركبة، وهو ما أشارت إليه محكمة التحكيم في قضية (Compania des Desarrollo de Santa Elena) حيث وجدت المحكمة " ومع إن الحكم بدفع الفائدة البسيطة أكثر شيوعاً من الحكم بدفع الفائدة المركبة، فأن الفائدة المركبة ليست بالأمر غير المألوف أو المُستبعد في القانون الدولي، ولم تكشف ممارسات التحكيم الدولي عن وجود قاعدة موحدة فيما يتعلق بتحديد مدى ملاءمة الفائدة البسيطة أو الفائدة المركبة في حالة بعينها، والأحرى، هو إن تحديد نوع الفائدة يكون نتيجة السلطة التقديرية التي تأخذ بالاعتبار جميع ظروف القضية المعروضة، وبخاصة اعتبارات الإنصاف التي لابد أن تُشكل جزءً من القانون الذي تُطبقه المحكمة ".

وعن مبرر الحكم بالفائدة المُركبة أشارت المحكمة الى انه " حينما فقد المستثمر ممتلكاته، لكنه لم يحصل على المقابل النقدي الذي أصبح مستحقاً له، ينبغي أن تعكس قيمة التعويض، ولو جزئياً على الأقل، المبلغ الإضافي الذي كان سيعود عليه من أمواله لو إن هذه الأموال والدخل المتولد منها كان قد أعيد استثمارهما كل سنة بأسعار الفائدة السائدة عموماً، وليس القصد من الفائدة المركبة هو لوم أو معاقبة أي شخص بسبب التأخر في السداد للمالك الذي نُزعت ملكيته، ولكنها آلية لضمان ملائمة التعويض الممنوح لصاحب المطالبة في ظل هذه الظروف"[1].

(1) - قضية (Compania des Desarrollo de Santa Elena) ضد جمهورية كوستاريكا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 96 / 1 - بتاريخ 1 / شباط / 2000 - الفقرة 103 - 105.

ويـسري احتسـاب الفائـدة مـن التاريخ الـذي كان يجب فيه دفـع المبلغ الأصلي حتـى تاريـخ الوفـاء بالتزام الدفع [1]، وهـو ما أيدته محكمة التحكيـم في احدى القضايا بالقـول إن " المبدأ السـاري بشـكل شـبه عالمـي في القانون الدولي، وممارسـات التحكيم الـدولي، في حالـة تأخـر دفـع الالتزامـات الماليـة المسـتحقة، فـأن تطبيـق الفائـدة يكون اعتبـاراً مـن تاريخ اسـتحقاق الدفع"[2].

أمـا تقديـر التعويـض عـن فـوات الكسـب فتعترضـه عقبـة أساسـية تتمثـل في كونـه تقديـراً لمنافـع مسـتقبلية بنـاءً عـلى تكهنـات لأحـداث لم تقـع، بخـلاف مـا هـو عليـه مـن تقديـر التعويـض عن الضرر الـذي لحق بالمسـتثمر الأجنبي عن نـزع ملكيته التـي تمـت في أحـوال ماضيـة، وفي هـذا الصـدد ذكـرت إحدى محاكـم التحكيـم إلى إنها " تعالـج احداثـاً مسـتقبلية محتملـة، وليـس احداثـاً وقعـت في المـاضي، وإنها لا تسـعى إلى تحديـد مـا حـدث كوقائـع في المـاضي، وإنمـا مـا كان يمكـن أن يحـدث في المسـتقبل " وأضافـت المحكمـة " وتقتـضي هـذه العمليـة حتـماً أن تقـدر المحكمـة مـا إذا كانـت هـذه الأحـداث المسـتقبلية سـتقع، وان تحسـب هذا التقديـر كمياً بالأموال على سـبيل التعويـض، وليـس مـن الممكـن دومـاً للمدعـي أن يُثبـت عـلى وجـه اليقـين إن حدثـاً مسـتقبلياً كان سـيقع أو لا يقـع، وليـس في وسـع المحكمـة سـوى أن تقُيّـم فُـرص وقوع حـدث مسـتقبلي مـن هـذا القبيـل، ولـذا فـأن الأمـر لا يتعلق بعمليـة ترمـي إلى إثبات اليقـين في حـد ذاتـه، وإنمـا في ظـروف كل قضيـة، من خـلال عملية ترمـي إلى بلوغ قدر كاف مـن اليقين"[3].

(1) - المادة (38) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول.

(2) - قضية (SGS) ضد جمهورية باراغواي - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 07 / 29 - بتاريخ 10 / شباط / 2012 - الفقرة 184.

(3) - قضية (GEMPLUS S.A.) و (TALSUD S.A.) ضد المكسيك - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضايا رقم ARB (AF) / 04 / 3 & ARB (AF) / 04 / 4 - بتاريخ 16 / حزيران / 2010 - الفقرة 13 - 91.

وفي كيفيـة تقديـر التعويـض عـن فـوات الكسـب، تذهـب محكمـة التحكيـم في قضيـة (Joseph C. Lemire) إلى " انـه لا يمكـن حسـاب الأضرار الفعليـة بشـكل مجـرد، بـل ينبغـي أن يجـري ذلـك في كل حالـة عـلى حدة، ذلـك إن الاحتسـاب يقتضي وضـع منهجيـة ماليـة لتحديد المبلـغ اللازم تسـديده للمسـتثمر، ليكون مكافئـاً للقيمة الاقتصاديـة التي كان المسـتثمر سـيحصل عليهـا، على الأرجح، لولا الخـرق الذي ارتكبته الدولـة "[1].

ويوجـد العديـد مـن العوامـل التـي تسـاهم في تقديـر التعويـض المسـتحق للمسـتثمر الأجنبـي نذكـر منهـا:

1 - طبيعة نزع الملكية:

ويؤثـر بشـكل واضـح عـلى تحديـد نـوع التعويـض وقيمتـه، فيـما إذا كان نـزع الملكيـة تـم بشـكل مبـاشر أو غـير مباشر، حيث إن نـزع الملكية المبـاشر في بعض صوره، وخاصـة التأميـم ينقل بشـكل تام ملكية المسـتثمر الأجنبي إلى الدولـة المضيفة، وبذلك تكـون الدولـة قـد أَثْـرَتْ عـلى حسـاب المسـتثمر الأجنبـي، بخـلاف نـزع الملكيـة غـير المبـاشر في بعـض صـوره اذ لا يكـون هنـاك أي إثـراء للدولة مـن التدابير التـي تتخذها، وإنمـا تـأتي في سـياق المحافظة على بعـض الاعتبارات مثل المحافظة عـلى الصحة العامة.

كـما يدخل في احتسـاب التعويـض بعض الاعتبارات المتعلقـة بالوضع الاقتصادي للدولـة التـي تدفـع التعويض، ففـي حالة التعويض الكامل، فأنه إذا كان لا يثير مشـكلة إذا مـا طبـق عـلى العلاقـات بـين الـدول المتقدمـة، بينـما يكون العكـس في حالـة ما إذا طلـب بلـد متقـدم التعويـض الكامـل من بلـد نامٍ، حيـث يكون هـذا التعويـض مرهقاً للغايـة، وربمـا يحـرم البلـد النامـي مـن حقـه في التنميـة، وعليـه لا يمكـن القـول بعـدم

(1) - قضيـة (Joseph C. Lemire) ضد جمهورية أوكرانيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 06 / 18 - بتاريخ 28 / آذار / 2011 - الفقرة 152.

شرعيـة التأميـم أو نـزع الملكية لمؤسسـة أجنبية إلا في حالة عدم دفـع التعويض مطلقاً، لأنـه إذا تعـين عـلى بلـد صغير نـام أن يدفـع في حالة التأميـم تعويضاً كاملاً فأنه سـيقع في الإفـلاس، لأن القيمـة التـي تمثلهـا مؤسسـة عـبر وطنيـة في السـوق والأربـاح التـي تحققهـا كل سـنة، تكـون في كثـير مـن الأحيـان اكـبر بكثـير مـن الناتج القومـي الإجمالي لذلـك البلـد، ولهـذا السـبب فـأن الصكوك المتعلقـة بالنظـام الاقتصادي الـدولي الجديد تتحـدث عـن " التعويـض الملائم ".

وعليـه، يجـد البعض بحـق، أن التعويض الكامل والسريع والفعـال [1]، إذا طلبته دولـة كـبرى مـن بلـد صغـير لا يكـون لـه طابـع تعويـضي، وإنمـا يكـون ذا طابـع عقابي، وفي هـذا المجـال ينبغـي أن يسـود مبـدأ المعاملـة التفضيليـة الواجـب منحهـا للـدول الناميـة في علاقاتهـا مـع الـدول المتقدمـة، وهـذه هي الطريقـة الوحيدة التـي يمكن أن يعكـس بهـا الجـبر بالمثل المسـاواة بين الدول في السـيادة، أي المسـاواة عـن طريق عدم المساواة [2].

2 - سلوك المستثمر الأجنبي:

عنـد تعـدد الأسـباب التـي تـؤدي إلى إلحـاق الضرر بالاسـتثمار الأجنبـي، وكانت هـذه الأسـباب مسـتقلة عـن الفعل المنسـوب للدول المضيفـة، الذي تسـبب في احداث الـضرر، فـأن اثـر ذلـك يتجسـد في تحديـد المسـؤولية عـن التعويـض وتحديـد مقـداره، حيـث إن كل سـبب يتحمـل مـن التعويـض بقـدر تأثـيره في تحقـق الضرر.

وعليـه يتحمـل المسـتثمر الأجنبـي المسـؤولية عـن الـضرر الذي لحق باسـتثماره إذا كان سـلوكه قـد سـاهم في تفاقـم الـضرر أو زيادتـه، ويكـون تحليـل العلاقـة بـين

(1) - وهو ما طلبته الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1938 إبان فترة التأميمات المكسيكية.

(2) - رأي السيد جيو يونغ شو - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1990 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الثانية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1990) من وثائق الأمم المتحدة - ص 423.

سلوك المستثمر الأجنبي وفاعلية السبب الناشئ عن الدولة المضيفة، بذات المنطوق الذي تم تحليل العلاقة بموجبه في حالة تعدد الأسباب واستقلالها إذا أدت الى نشوء الضرر.

لذا تذهب محكمة التحكيم إلى " انه يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار السلوك غير المشروع للمدعيين في تقدير التعويض المستحق لهما عن الأضرار التي لحقت بهما نتيجة السلوك غير المشروع للمدعى عليه " [1].

وهو ما أخذت به لجنة القانون الدولي المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، حيث نصت " عند تحديد الجبر، يراعى الإسهام في الخسارة الناجم عن عمل أو تقصير، قصدي أو إهمالي، من جانب الدولة المضرورة، أو من جانب أي شخص أو كيان يُلتمس بشأنه الجبر " [2].

وتطبيقاً لذلك نجد بأنه عندما قامت الحكومة البرتغالية بإلغاء عقد امتياز خطة سكة حديد، قبل انقضاء مدته المتفق عليها بـ (35) عام، قامت كل من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا بمطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركات التابعة لهما، قد قررت محكمة التحكيم بأن " جميع الظروف التي يمكن الاحتجاج بها ضد الشركة صاحبة الامتياز، ولمصلحة الحكومة البرتغالية، تخفف من مسؤولية هذه الحكومة وتبرر تخفيضاً للتعويض المقرر " [3].

(1) - قضية (Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Companl) ضد الإكوادور - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 06 / 11 - بتاريخ 5 / تشرين الأول / 2012 - الفقرة 673.

(2) - المادة (39).

(3) - قضية سكة حديد خليج دي لاغوا - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الحادية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1989) من وثائق الأمم المتحدة - ص 43.

ونجـده مـن ضمـن الدفـوع المقبولـة إذا مـا ثبـت ذلـك، ففـي قضيـة (El Paso Energy International Company) ادعـت الأرجنتـين، إن الشركـة المدعيـة قـد ساهمت في سـلوكها في حـدوث الـضرر، وقـد بينـت محكمـة التحكيـم انـه " بخلاف ما ذكرتـه الأرجنتـين، فأنـه ليـس هنـاك ثمـة إسـهام من المدعـي في الخسـارة التـي تكبدها نتيجـة سـلوكه الخـاص " [1].

بـل وأكـثر مـن ذلك يجب على المسـتثمر الأجنبـي أن يسـعى إلى تخفيف الضرر الـذي يُمكـن تفاديـه، وإلا لـن يحـق لـه المطالبـة بالتعويـض عنـه، وقـد بينـت محكمة العـدل الدوليـة ذلـك بـأن " مـن المبـادئ العامـة في القانـون الـدولي انـه يتعـين عـلى الطـرف المـضرور مـن عـدم وفـاء طـرف آخر من أطـراف العقـد أن يسـعى إلى تخفيف الـضرر اللاحـق بـه " وإلا " لـن يحـق المطالبـة بالتعويـض عـن ذلـك الـضرر الـذي كان بالإمـكان تفاديـه " [2].

ويفـسر الفقـه الأسـاس الـذي تقـوم عليـه قاعـدة سـلوك المسـتثمر إلى نظريـة تعـدد الأخطـاء، ومسـؤولية المتـضرر، والأيـدي النظيفة، إلا إن التفسـير الأكـثر قبولاً هو أنهـا تطبيـق لقاعـدة السـببية في حـال تعدد الأسـباب.

حيـث انـه في حالـة تعدد الأسـباب المؤديـة إلى الضرر، فـأن ذلك يؤثـر في مقدار التعويـض المسـتحق، بحيـث يتحمـل المتسـبب في الـضرر بمقـدار أثـره في الحـق أو المصلحـة، ففـي احـدى القضايـا، قامـت الحكومـة البرتغاليـة بإحالـة إحـدى الـشركات البريطانيـة، التـي لديهـا فـرع مسـجل في البرتغـال، إلى المحكمـة وتـم الحكـم عليها

---

(1) - قضية (El Paso Energy International Company) ضد الأرجنتين - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 03 / 15 - بتاريخ 31 / تشرين الأول / 2011 - الفقرة 684.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس بين هنغاريا وسلوفاكيا الصادر في 25 / أيلول / 1997.

بالمسـؤولية بعـد سلسـلة من الإجـراءات غير القانونيـة، وقد طالبت الشركـة عن طريق دولتهـا بالتعويـض عـن الضرر الذي أصابها، والمتمثـل في التكاليف التي تحملتها في إطار الدعـوى باعتبارهـا ضرراً مبـاشراً، عـن إنـكار العدالـة، وكذلـك التعويـض عـن انخفـاض مبيعاتهـا في البرتغـال باعتبـاره ضرراً غـير مباشر جـاء نتيجة لإقامة الدعـوى ضدها، وقد تبـين للمحكمـة إن السـبب في انخفـاض مبيعات الشركة لا يعـود إلى وجود الدعوى ضد الشركـة حـصراً، وإنمـا بسـبب أزمـة سـادت في تلـك الفـترة ايضـاً، ووجـدت المحكمة إن انخفـاض أربـاح الشركـة يعـود لأسـباب مختلفـة وغـير مترابطـة، وعليه قـررت المحكمة إن الحكومـة البرتغاليـة تتحمـل المسـؤولية عـن الـضرر الناشـئ مـن انخفـاض المبيعات نتيجـة سـلوك محاكمهـا دون غيرها من الأسـباب [1].

ثالثاً - دفع التعويض للمستثمر المتضرر

إن دفـع التعويـض إلى المسـتثمر الأجنبـي مـن قبـل دولتـه، عند حصولهـا عليه، نتيجـة مطالبـة دوليـة، يُعتـبر من أهم الموضوعـات المرتبطة بحماية الاسـتثمار الأجنبي، ذلـك إن المسـتثمر عندمـا يلجـأ إلى دولتـه لطلـب الحماية، إنمـا يكون قصـده واضحـاً في هـذا الشـأن، وهـو الحصـول عـلى تعويض عـن الأضرار التي لحقـت به من قبـل الدولة المضيفة.

وتـبرز في هـذا الخصـوص مشـكلة تتمثـل في الكيفيـة التـي يسـتحصل فيهـا المسـتثمر المتـضرر عـلى التعويـض إذا مـا حصلـت عليـه دولتـه مـن خـلال ممارسـتها الحمايـة الدبلوماسـية، حيـث انقسـمت ممارسـات الـدول في هـذا الشـأن إلى اتجاهين:

(1) - انظر الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 1989 - المجلد الثاني - الجزء الثاني - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الحادية والأربعون - الوثيقة رقم (A / Cn.4 / SER.A / 1989) من وثائق الأمم المتحدة - ص 40.

1 - الاتجاه الأول: وهو الاتجاه السائد في ممارسات الدول:

ويذهب إلى إن المستثمر المتضرر لا يملك الحق بالمطالبة بالتعويض الذي تحصل عليه الدولة، وهو ما تؤيده العديد من الأحكام الصادرة عن القضائين الوطني والدولي، ومنها القرار الصادر عن لجنة المطالبات المختلطة بين الولايات المتحدة وألمانيا، حيث تذهب اللجنة إلى " إن الدولة محكومة، ليس فقط بما تمليه مصلحة مدع معين، وإنما بما تمليه المصلحة الكبرى لشعب الدولة بأكمله، ويجب عليها أن تمارس حقها في التصرف الكامل بدون قيد، فيما يتعلق بتحديد الكيفية التي سيُقدم بها الطلب أو تجري بها متابعته، أو يتم بها سحبه، أو التوصل إلى حل وسط بشأنه، ومتى يكون ذلك، ويكون المالك الفرد مُلزماً بأي إجراء يُتخذ، وحتى إذا حصلت الدولة الراعية على مبلغ مدفوع بسبيل التعويض، فأنها تملك السلطة الكاملة على المال المدفوع بهذه الطريقة والموجود في حيازتها، ويجوز لها، منعاً للغش أو تصحيحاً لخطأ أو حماية لشرف الوطن، أن تُعيد المال إلى الدولة التي دفعته، أو تتصرف فيه بأية طريقة أخرى وفقاً لاختيارها ".

وتعتبر الدول انه لا يوجد إلزام قانوني للمستثمر الأجنبي تجاه دولته بدفع التعويض، وإنما يوجد التزام أخلاقي من قبلها تجاهه في هذا الخصوص، وهو ما أشار إليه تقرير الكونغرس الأمريكي " وفقاً للقضايا التي حكمت فيها المحكمة العليا للولايات المتحدة، يبدو إن المعمول به هو أن الأموال المتحصل عليها من حكومات أجنبية كتسوية لمطالبات يتقدم بها مواطنون أمريكيون تعتبر أموالا وطنية للولايات المتحدة، وانه لا يوجد حق قانوني محدد لأي مُطالِب في الأموال المتحصل عليها بهذه الطريقة، وان الكونغرس غير مُلزَم قانوناً بدفع أي مطالبة من هذه الأموال، بالرغم من إن الحكومة تتحمل، دون شك، التزاماً أخلاقيا فيما يتعلق بتحويل هذه الأموال إلى الأشخاص الذين تكبدوا الخسائر".

2 - الاتجاه الثاني: وهو اتجاه لا يلقى تأييداً كبيراً في ممارسات الدول:

أو في الأحـكام القضائيـة الوطنيـة والدوليـة، والذي يذهـب إلى إن الدولة مُلزمة بدفـع التعويـض الـذي تحصـل عليه للمسـتثمر المتضرر، ويُسـتدل عليه مـن خلال قيام بعـض الـدول بتشـكيل لجـان التعويضـات بموجـب قوانـين خاصـة بذلـك تعمـل عمـل المحاكـم، مثـل القانـون البريطـاني الصادر عام 1950 بتشـكيل لجنة لتوزيـع التعويضات الناتجـة عـن الاتفاقـات مع بولنـدا وتشيكوسـلوفاكيا ويوغسـلافيا، واللجنة المشـكلة في فرنسـا عـام 1998 للتعامـل مـع الدائنـين المُقرضين لروسـيا في حقبـة القياصرة

ومـن القـرارات القضائيـة الدوليـة في هـذا الاتجـاه ماقررتـه المحكمـة الأوربيـة لحقـوق الإنسـان عـام 1994 في قضيـة بيومارتـن ضـد فرنسـا مـن " إن الاتفـاق الـدولي الـذي يضـع شروطـاً للتعويـض يُمكـن أن ينشـأ عنـه حـق واجـب الإنفـاذ بالتعويـض لمصلحـة الأشـخاص المتضرريـن ".

وعـلى الرغـم من إن هنـاك بعض الدعم في التشريع الوطنـي والقرارات والمبادئ القضائيـة لتقليـص حـق الدولـة المطلق عن دفـع التعويض المُسـتلم للمواطـن المتضرر، إلا انـه مـن الصعـب الاحتجـاج بأن ذلك يُشـكل ممارسـة ثابتـة، أو أن هناك أي شـعور بالالتـزام مـن جانـب الـدول التـي حـدّت مـن حريتهـا في التـصرف، فالسياسـة العامـة والإنصـاف واحترام حقوق الإنسـان، يُمكنهـا جميعاً أن تدعم تقليص السـلطة التقديرية للـدول في صرف التعويضـات، ولكـن ذلك لا يُشـكل سـيادة للقانون العـرفي الدولي.

وقـد اقترحـت بعـض الدول في مناقشـات المـواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسـية، إيـراد حُكـم في هـذا الخصـوص ينـص عـلى " تراعـي الدولـة لـدى التحديـد الكمـي لمطالبتهـا بالحمايـة الدبلوماسـية، العواقـب الماديـة والأخلاقيـة للـضرر الـذي يُعاني منه المواطـن الـذي تمـارس بخصوصـه الحمايـة الدبلوماسـية، وتحقيقـاً لهـذه الغايـة لها أن تتشـاور مـع المواطن المتـضرر " باعتباره ممارسـة للتطوير التدريجي، يتـم بموجبه إزالة واحـد مـن مصـادر الإجحاف الرئيسـة للحمايـة الدبلوماسـية [1].

(1) - لتفاصيل أكثر عن تلك الاتجاهات وأمثلة أكثر استفاضة يُنظر تقرير المقرر الخاص جون دوغارت - التقرير السابع عن الحماية الدبلوماسية المقدم للجنة القانون الدولي - الدورة الثامنة والخمسون - الوثيقة رقم (A / cn.4 / 567) - من ص 51 - 59.

المطلب الثالث

الترضية

تعتبر الترضية وسيلة الجبر الملائمة للأضرار التي تصيب الدولة، وخاصة المساس بشرفها وكرامتها وهيبتها، حيث لايكون للتعويض المالي أي دور ايجابي في هذا الخصوص، إن لم يجعل المسألة تزداد سوءاً.

ولا يجوز أن تنطوي الترضية على أي بُعد ذي طبيعة عقابية، حيث نصت على ذلك لجنة القانون الدولي بأنه " لا يجوز أن تتخذ الترضية شكلاً يُمثل إذلالا للدولة المسؤولة " [1].

ونجد أن الترضية، في الأحوال التي تكون فيها مقبولة وممكنة، وسيلة تلائم كثيراً حماية الاستثمار الأجنبي، ذلك أنها تُعيد أجواء الثقة للعلاقة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

وبحسب ما أخذت به لجنة القانون الدولي، فأن الترضية يمكن أن تتخذ عدة أشكال " فقد تكون الترضية إقراراً بالانتهاك، أو تعبيراً عن الأسف، أو تقديم اعتذار رسمي، أو أي شكل آخر مناسب "[2]، وتتعدد الأشكال التي تعتبر ترضية مناسبة، ومنها تقديم المسؤول عن ارتكاب الفعل الذي يُسبب ضرراً بالمستثمر الأجنبي إلى المحاكمة، أو فرض عقوبات إدارية بحقه.

---

(1) - المادة (37 / 3) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

(2) - المادة (37 / 2) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

ويُمكـن القـول إن إعـلان عـدم مشروعيـة الفعـل المُرتكـب مـن قبـل الدولـة المضيفـة، يُمثـل الشـكل الأكـثر شـيوعاً مـن أشـكال الترضية، حيـث يُعتبر إعـلان مخالفة الدولـة المضيفـة لالتزاماتهـا بمثابـة ترضيـة مقبولـة [1].

وقـد أخـذت بذلـك محكمة العدل الدوليـة في قضية قناة (كورفـو) حيث بينت انـه " يتعـين عـلى المحكمـة لضمان احـترام القانـون الدولي، التـي هي جهـازه، أن تُعلن إن العمـل الـذي قامـت بـه البحرية البريطانية يُشـكل انتهـاكاً للسـيادة الألبانية، وهذا الإعـلان صـادر بنـاءاً عـلى طلب قدمتـه ألبانيا عـن طريـق محاميها، ويُمثـل في حد ذاته ترضية مناسـبة " [2].

ومـن الممكـن أن يتـم الحكـم للمدعـي بمبلـغ " اسـمي أو رمزي " يكـون القصد منهـا ليـس التعويـض بحـد ذاتـه، وإنمـا تكون هـي اقـرب للترضيـة، ويتم الحكـم بالمبلغ الرمزي إذا أخلت الدولة المضيفة للاسـتثمار بالتزام مُعين تجاه المسـتثمر الأجنبي، دون أن يترتـب عليـه ضرر أو خسـارة ويمكـن أن نجـد مثالاً مهـماً لذلك في تحكيم الاسـتثمار الـدولي في قضيـة (AGIP Spa) حيـث قضـت المحكمـة بإلـزام حكومـة الكونغـو بدفع مبلـغ " 3 فرنـكات فرنسـية " كتعويـض للشركـة [3]، وهـذا التوجـه في اعتبـار دفـع مبلغ معـين بمثابـة ترضيـة هـو مما يؤيـده بعض فقهـاء القانون الـدولي [4].

(1) - Patrick Dumberry - ibid - p 9.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية في القضية المعروفة بقضية قناة كورفو بين بريطانيا وألبانيا - الحكم الصادر بتاريخ 15 / كانون الأول / 1949.

(3) - قضية (AGIP Spa) ضد جمهورية الكونغو - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 77 / 1 - بتاريخ 4 / تشرين الثاني / 1977.

(4) - يقول الفقيه انزيلوتي (ينبغي عدم استبعاد إن الترضية يُمكن أن تتألف من دفع مبلغ من النقود لايُقصد بدفعه أن يكون تعويضاً عن ضرر مادي دُفع فعلاً، ولكنه يُمثل رمزاً للتكفير عن الفعل المرتكب) تقرير السيد غيتانو ارانجيو رويس عن مسؤولية الدولة - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1988 - المجلد الثاني - الجزء الأول - وثائق الدورة الأربعون - ص 92.

كما يُعتبر الحكم بتعويض مالي كبير عن الأضرار الاقتصادية الحقيقية وإعلان عدم المشروعية بمثابة ترضية مقبولة عن الأضرار المعنوية التي تلحق بالمستثمر الأجنبي، وهو التفسير المقبول في عدم الحكم بدفع تعويض مالي عن الأضرار المعنوية الذي طالب به المدعي (Joseph Charles Lemire)، ذلك إن المحكمة أعلنت انتهاك أوكرانيا لاتفاقية الاستثمار الثنائية بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية، كما قررت المحكمة إلزام أوكرانيا بدفع مبلغ (8,700,000) $ عن الأضرار الاقتصادية التي لحقت بها [1].

وفي قضية أخرى، ايضاً اشتملت على تعويض مالي وإعلان عدم مشروعية التصرف باعتبارها تمثل ترضية، هي قضية شركة (lafico) ضد بوروندي، وتتلخص القضية بأن الحكومة الليبية قامت في عام 1975 بإنشاء شركة قابضة في بوروندي بالاشتراك مع الحكومة البوروندية، وفي عام 1989 تدهورت العلاقات الدبلوماسية بين البلدين، وفي اثر ذلك قامت بطرد الدبلوماسيين وجميع المواطنين الليبيين، ومن بين الذين تم طردهم مدير عام الشركة والمدير التنفيذي.

وقد بينت محكمة التحكيم التي نظرت النزاع إن عملية الطرد الجماعي للمواطنين الليبيين بما فيهم اثنان من مديري الشركة يخالف القانون الدولي، وان ما قامت به ينتهك اتفاقية عام 1975 التي تحظر اتخاذ تدابير بالتأميم أو المصادرة أو أية إجراءات أخرى تحد من قدرة الشركة على تحقيق أهدافها.

وقررت المحكمة إلزام الحكومة البوروندية بدفع تعويض قدره (4،270، $000) أربعة ملايين ومائتان وسبعون ألف دولار أمريكي عن الأضرار المالية التي لحقت بالشركة نتيجة الأفعال غير المشروعة التي ارتكبتها الدولة المضيفة.

---

(1) - قضية (Joseph Charles Lemire) ضد أوكرانيا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم ARB / 06 / 18 - بتاريخ 28 / آذار / 2011.

وبينـت المحكمـة إن تلـك الأفعال تسـببت في إلحاق ضرر كبير في سـمعة الشركة ومكانتهـا، وأضافـت بـأن شركـة lafico كانـت تـؤدي عملهـا باعتبارهـا شريـكاً مخلصـاً لحكومـة بوروندي.

وبشـأن مديـري الشركة قـررت المحكمة إلـزام حكومة بورونـدي بتعويض المدير العـام فيهـا بمبلـغ سـبعة وتسـعين ألـف دولار أمريـكي، والمديـر التنفيـذي بمبلـغ اثنـين وثمانـين ألـف دولار أمريـكي عـن الأضرار التـي لحقـت بهـما، متضمنـةً مبلغـاً إضافيـاً مقـداره عـشرة آلاف دولار لـكل منهـما عـن الخسـائر غـير الماليـة التـي لحقـت بهـما نتيجـة اتهامهـما بشـكل غـير قانـوني وغـير عادل.

وقـد اعتـبرت المحكمـة إن إعلانهـا عـدم مشروعيـة الأفعـال التـي قامـت بهـا بورونـدي يُمثـل ترضيـة مناسـبة للشركـة في مقابـل تشـويه سـمعتها [1].

ويفـسر البعـض أن الترضيـة التـي صدرت عـن المحكمة بإعلانهـا إن الأفعال التي صـدرت عـن الحكومـة البورونديـة تمثـل ترضيـة مناسـبة، وذلـك لتعلـق الأمـر بـأضرار لحقـت بالحكومـة الليبيـة، فالمحكمـة وجـدت إن طـرد مواطنـين ليبيـين دون مسـوغ قانـوني يمثـل اهانـة لحكومتهـم فوجـدت أن يكـون التعويـض المناسـب في تلـك الحالـة هـو بإعـلان عـدم مشروعية التـصرف[2].

(1) - قضية شركة (lafico) الليبية ضد بوروندي - تم نظرها من قبل لجنة محكمين برئاسة الفقيه سالمون - وأصدرت حكمها بتاريخ 4 / آذار / 1991.

(2) - Patrick Dumberry - Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor - State Arbitration Disputes - Journal of International Dispute Settlement - 2012 - p 19.

الفصل الرابع

الحماية الإجرائية للاستثمار الأجنبي

بيّنا في الفصول السابقة من البحث الحماية الموضوعية للاستثمار الأجنبي ونطاقها، والآثار القانونية المترتبة على انتهاك الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي للالتزامات المقررة في القانون الدولي وقيام مسؤوليتها عنها.

إلا إن ذلك كله يحتاج إلى تفعيله ووضعه موضع التنفيذ، فوجود القاعدة القانونية في النظام القانوني الدولي ليس مجرد نظريات أو توجيهات عامة، وإنما هي في كثير من الأحيان قواعد ملزمة، وترتقي بعض القواعد في القانون الدولي إلى مرتبة القواعد الآمرة [1]، وهذا الإلزام في القاعدة يوجب عدم الخروج عليها أو مخالفتها، مما يستدعي وجود آليات مناسبة تضمن للقاعدة فاعليتها وقوتها.

(1) - يشترط لصحة موضوع أي اتفاقية دولية أن لا تكون مخالفة لقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي، وتكمن فكرة القواعد الآمرة بأنها عبارة عن أفكار ومثل ومبادئ مستقرة في الضمير تكملها قواعد موضوعية تفسرها وتيسر عملها وتحددها فتعطيها شكلها المادي القابل للتطبيق، وتبين الوسائل والأساليب التي تضمن احترامها.
لمزيد من التفصيل عن القواعد الآمرة في القانون الدولي، يُنظر بحث الأستاذ الدكتور حيدر ادهم الطائي - تطور القواعد الآمرة في القانون الدولي - المنشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد 15 - العدد 9 - لسنة 2006.

إن الدولـة المضيفـة للاسـتثمار عندمـا تلحـق الـضرر بالمسـتثمر الأجنبـي، كأن تقـوم بنـزع ملكيتـه تعسـفاً ودون أن تقـدم لـه أي تعويض عـن ذلك، فأنهـا في الغالب لاتُقـر بمخالفتهـا لالتزاماتهـا الدوليـة ولاتبـادر من تلقاء نفسـها لإصلاح الـضرر، وإنما في الحقيقـة تحـاول تبريـر تصرفهـا وتنسـبه إلى الصحـة والمطابقـة للقانون الـدولي، وتقدم مـن الأسـباب مـا تدفع بـه مخالفتهـا لالتزاماتها الدوليـة حتى في أكثر الحـالات وضوحا.

لذلـك اوجـد القانـون الـدولي آليـات متعـددة يتـم مـن خلالهـا إنفـاذ حمايـة حقـوق الأفـراد الأجانب ومنهم المسـتثمرون الذين يتعرضون للـضرر في الدولة المضيفة، تلـك الآليـات المقـررة لإنفـاذ الحمايـة في القانـون الـدولي تتبايـن فيـما بينهـا من حيث الأهميـة والفاعلية.

ولغـرض الوقـوف تفصيـلاً عـلى تلـك الآليـات سـيتم تقسـيم هـذا الفصـل وفقـا للاتي:

- المبحث الأول: الحماية الدبلوماسية
- المبحث الثاني: التحكيم الدولي
- المبحث الثالث: وكالات ضمان الاستثمار الدولية

المبحث الأول

الحماية الدبلوماسية

تعتبر الحماية الدبلوماسية من أقدم الآليات التي عرفها القانون الدولي لحماية حقوق الأجانب من الانتهاكات أو الأضرار التي تصيبهم في الدول التي يقيمون فيها.

وفي الواقع كان مواطنو الدول الغربية القوية هم الذين يتمتعون أساسا بهذا المركز المتميز لأنها كانت هي الدول الأسرع في التدخل لحماية رعاياها الذين لا يعاملون وفقاً " للمعايير الحضارية العادية " التي وضعتها الدول الغربية [(1)].

وسنبين في هذا المبحث مفهوم الحماية الدبلوماسية وطبيعتها وشروط ممارستها من قبل الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها، وأخيرا نتعرض بالتقييم لدورها في حماية الاستثمار الأجنبي.

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000 - المجلد الثاني - الجزء الأول - جون دوغارت (المقرر الخاص) - التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الثانية والخمسون - رقم الوثيقة A / CN.4 / 506 - الفقرة 11 - ص 266.

المطلب الأول

مفهوم الحماية الدبلوماسية وطبيعتها القانونية

تُعرف الحماية الدبلوماسية بأنها (الحماية التي يمنحها شخص من أشخاص القانون الدولي للأفراد، أي الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من انتهاك للقانون الدولي يرتكبه شخص آخر من أشخاص القانون الدولي) [1].

إن ما يؤخذ على هذا التعريف انه يساوي بين الحماية التي تمارسها الدول وبين الحماية الوظيفية التي تقوم بها المنظمات الدولية، ويبدو إن الأساس الذي ينطلق منه هذا التعريف في المساواة بين نوعي الحماية ينطلق مما ورد في فتوى محكمة العدل الدولية الدائمة بشأن التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة [2].

لكننا نجد إن ماورد من تعريف في مشروع لجنة القانون الدولي أكثر دقة، فقد عرفته بأنه " لجوء الدولة إلى إجراء دبلوماسي أو غير ذلك من وسائل التسوية السلمية عندما تتبنى، بحكم حقها الذاتي، قضية احد رعاياها فيما يتصل بضرر لحق به من جراء فعل غير مشروع دولياً قامت به دولة أخرى " [3]، حيث قصرت الحماية الدبلوماسية على الإجراءات التي تتخذها الدولة دون غيرها من أشخاص القانون الدولي.

(1) - Wilhelm Karl Geck - Diplomatic Protection - Encyclopedia of public international law - vol. 1 - 1992 - p 1046.

(2) - فتوى محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ 11 / نيسان / 1949.

(3) - المادة (1) من مشروع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية - التعريف والنطاق - الوثيقة رقم (A / C N.4 / 567) الصفحة 6.

ويشمل ذلك الإجراءات القنصلية والتفاوض والوساطة، والإجراءات القضائية والتحكيمية، والاقتصاص والرد بالمثل، وقطع العلاقات الدبلوماسية، والضغوط الاقتصادية، والحل الذي يلجأ إليه في النهاية، ألا وهو استعمال القوة[1].

وقد وضع البعض تعريفاً للحماية الدبلوماسية خاصاً بالاستثمار الأجنبي، حيث عرفها بأنها " الإجراء الذي تلجأ إليه دولة سعياً لتأمين حقوق استثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي"[2].

وتذهب محكمة العدل الدولية الدائمة إلى توصيف الحق بالحماية الدبلوماسية بأنه " من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، وهو حق يخول للدولة حماية رعاياها عندما يتضررون من جراء أعمال مخالفة للقانون الدولي، ارتكبتها دولة أخرى، ولم يكن بوسعهم أن يحصلوا منها على ترضية من خلال القنوات العادية، وبدفاع الدولة عن قضية احد رعاياها، بلجوئها إلى العمل الدبلوماسي أو الإجراءات القضائية لمصلحته، فأنها قد تكون استعملت حقاً خالصاً لها، ويُمكنها من فرض احترام قواعد القانون الدولي في شخص مواطنيها، ولا مجال هنا إذاً للتساؤل بأن وجود مصلحة خاصة في أصل النزاع، وهو مايحدث في عدد كبير من الخلافات بين الدول، فمنذ اللحظة التي تتولى فيها الدولة الدفاع عن احد مواطنيها أمام جهة قضائية دولية، فأن تلك الجهة لا تعرف خصماً آخر غير الدولة وحدها " [3].

(1) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000 - المجلد الثاني - الجزء الأول - جون دوغارت (المقرر الخاص) - التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الثانية والخمسون - رقم الوثيقة A / CN.4 / 506 - الفقرة 43 - ص 273.

(2) - محمود عبد الحميد سليمان - مصدر سابق - ص 395.

(3) - حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مافروماتيس الصادر في 30 / آب / 1924.

إن المحكمة في حكمها هذا قد اعتبرت مسألة الحماية الدبلوماسية من المبادئ المعترف بها دولياً، وهي بذلك تكون قد وصفت الحماية الدبلوماسية وفقاً لما استقر عليه التعامل الدولي في هذا الخصوص، ومن جهة أخرى اعتبرته حقاً خالصاً للدولة التي ينتمي إليها الفرد المتضرر، وهذا الحق لايمكن لأية دولة أن تعترض عليه، حيث إن استخدام الدولة لذلك الحق لا يعتبر تصرفاً ينعكس بآثاره الايجابية على الفرد المتضرر أو عليها هي وحدها من خلال المطالبة بالتعويض عن الضرر، وإنما ذهبت إلى اعتبار إن ماتقوم به الدولة عند ممارستها الحماية الدبلوماسية تمارس دوراً في تطبيق احترام قواعد القانون الدولي التي تم الاعتداء عليها بالمخالفة والخروج عن الالتزامات الدولية.

ومن هنا يكون حق الحماية مخول للدولة وليس للمتضرر، وبذلك فأن الدولة هي وحدها التي تقرر ما إذا كانت ستمارس هذا من عدمه تبعاً لظروفها ومصالحها مع الدولة المتسببة في الضرر، ولا يستطيع المتضرر إرغامها على ذلك إن لم تبادر لحمايته، لذلك توصف الحماية الدبلوماسية بأنها حق خاص ولصيق بالدولة، أما الشخص المتضرر ما هو إلا مجرد مواضيع هذه العلاقة ولايمكنه أن يكون طرفاً في النزاع [1].

ولكن هذا التكييف لطبيعة الحماية الدبلوماسية يُثير العديد من الإشكاليات، فهو بوصفه هذا يمثل افتراضاً قانونياً يصعب التوفيق بينه وبين حقائق الحماية الدبلوماسية التي تقتضي استمرار الجنسية لتأكيد المطالبة الدبلوماسية، واستنفاد المواطن الذي لحق به الضرر سبل الانتصاف المحلية، وتوافق تقييم الأضرار المتكبدة مع الضرر الذي تكبده الفرد، إلا انه مع كل ذلك فأن مبدأ " مافروماتيس " أو " الافتراض القانوني الفاتيلي"[2] باتا يشكلان، بعد اشتهار

(1) - هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 103 - 104.

(2) - يذهب الفقيه (فاتيل) إلى القول في وصف حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية (إن ما من احد=

الفكـرة القائلـة إن الـضرر الواقـع عـلى احـد الرعايـا هو ضرر واقـع على الدولـة، الركن الأسـاسي للحماية الدبلوماسـية [1].

ويبـدو إن هـذا الأسـاس الفكـري للحمايـة الدبلوماسـية ينطلـق مـن المفهـوم التقليـدي للعلاقـات بـين الـدول الذي يقوم عـلى فكرة القـوة، وان التعبير عن السـيادة يتجسـد في إمكانيـة الدولـة في الدفـاع عـن حقـوق رعاياهـا ومصالحهـم، فنجده يصف إسـاءة المعاملـة لأحـد الرعايـا بأنـه اهانـة للدولـة وهـذه الاهانـة ليسـت بصـورة غـير مبـاشرة، وإنمـا تكـون بطريقـة مبـاشرة يوجـب عليهـا، انطلاقـاً من معنـى السـيادة، أن تنتقـم لذلـك، وان تجـبر المعتـدي عـلى دفـع تعويـض كامـل أو معاقبتـه.

لذلـك فأنـه وفقـاً لهـذا التكييف لحـق الدولة في الحمايـة الدبلوماسـية لرعاياها الـذي يقـوم عـلى أسـاس إن الـضرر الـذي يصيب احـد رعاياهـا إنما هـو ضرر واقع على المجتمـع الوطنـي بكاملـه، هـو الـذي يمنحهـا الصلاحيـة لمقاضـاة الدولـة التـي أحدثت الـضرر أمـام المحاكـم الدوليـة ومطالبتهـا بالتعويضـات المترتبـة عـلى مسـؤوليتها عـن مخالفـة المبـادئ الدولية [2].

وهـذا مـا يقودنا إلى السـؤال الحاسـم والمهـم الذي تترتب عليه آثـار مهمة، وهو هـل يجـب عـلى الدولـة ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية إذا مـا تعـرض المسـتثمر الذي يحمـل جنسـيتها للضرر ؟

= يسيء معاملة مواطن إلا ويهين مباشرة الدولة، ويجب على الجهة ذات السيادة التي ترعى الشخص الذي أسيئت معاملته أن تنتقم لأهانته، وان تجبر، إن استطاعت المعتدي على دفع تعويض كامل أو معاقبته).

(1) - تقرير لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة - الدورة السادسة والخمسون - الوثائق الرسمية - الوثيقة رقم (A / 59 / 10) - ص 23.

(2) - د. هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 101.

أجابـت محكمـة العـدل الدوليـة عـن ذلـك بأنـه " يجـوز للدولة ضمـن الحدود التـي ينـص عليهـا القانـون الـدولي أن تمـارس الحمايـة الدبلوماسـية بـأي وسـيلة والى أي مـدى تعتقـد إنهـما مناسـبان، وذلـك لأن مـا تؤكـده هـو حـق نفسـها، وإذا رأى الشـخص الطبيعـي أو الشـخص الاعتبـاري الـذي تتخذ الإجـراءات لمصلحتـه إن حقوقه غـير محميـة بصـورة كافيـة، فليـس لـه وسـيلة انتصـاف في القانـون الـدولي، وكل مـا يسـتطيع فعلـه هـو اللجـوء إلى القانـون المحلي إذا توافرت الوسـائل لذلـك بهدف دعم قضيتـه أو الحصـول عـلى إنصـاف [1].

وبذلـك فـأن الدولـة هـي فقـط التـي يمكنهـا أن تبـت فيـما إذا كانـت سـتمنح الحمايـة، والى أي مـدى سـتمنحها، ومتـى تتوقـف، وتحتفـظ في هـذا المجـال بسـلطة تقديريـة لمـا سـتقرره وفقـاً للاعتبـارات الدسـتورية أو اعتبـارات ذات طبيعـة أخرى، لا صلـة لهـا بالقضيـة في حـد ذاتها، وبمـا إن مطالبـة الدولة ليسـت مطابقة لمطالبـة الفرد أو الشركـة التـي تتبنـى قضيتـه، فـأن الدولـة تتمتـع بحريـة تامـة في التـصرف [2].

وفي ذلـك آثـار سـلبية واضحـة عـلى حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي تفـرغ الحق من محتـواه ومضمونـه، وتلبسـه ثوبـاً يتـلاءم مع هدف الدولـة ومصلحتها، لتكـون مصلحة الدولـة هـي العليا، ومصلحـة المُسـتثمر في مرتبة أدنى.

(1) - تقارير محكمة العدل الدولية لعام 1970 - قضية شركة برشلونة للجر والإنارة والطاقة - ص 44.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - الفقرتان 78و79.

المطلب الثاني

شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية لحماية الاستثمار الأجنبي

ليس للدولة التي ينتمي إليها المُستثمر المُتضرر أن تمارس الحماية الدبلوماسية، إلا إذا توافرت ثلاثة شروط يتطلبها القانون الدولي، وهذه الشروط هي:

- **الشرط الأول: الجنسية:**

سبق وان بينا في الفصل الثاني من دراستنا في إطار بيان النطاق الشخصي لحماية الاستثمار الأجنبي مفهوم الجنسية، والآراء التي ظهرت بشأن تحديدها، وخاصة ما يتعلق منها بالشخص المعنوي، ونكتفي بذلك القدر مما قدمناه، ونعرض فقط لشرط الجنسية وأثره في ممارسة الحماية الدبلوماسية إذا تعرض الاستثمار الأجنبي للضرر.

وتُثار إشكالية تنازع الجنسيات في حال عدم وجود اتفاقية دولية بين الدول تحدد بوضوح اياً من الدول التي يحمل المُستثمر الأجنبي المُتضرر جنسيتها، يكون لها الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

حيث اعتنق الفقه في البداية ما يُسمى بنظرية " تكافؤ السيادات " التي تُنكر على القضاء الدولي الحق في الترجيح بين السيادات المتراكمة على الشخص استناداً إلى احترام سيادة كل دولة من الدول التي يحمل الفرد جنسيتها، مادامت هذه الجنسيات قد اكتُسِبت اكتساباً صحيحاً وفقاً لقانون دولتها، إذ إن مثل هذا الترجيح يتضمن إهدارا لسيادة الدولة الأخرى.

ويترتب على هذا الرأي الحق لكل من الدول التي يحمل متعدد الجنسية جنسيتها في التصدي لحمايته، مع مراعاة التحفظ المقرر في العرف الدولي، والذي لا يجوز بمقتضاه لدولة ما، ولو كانت من الدول التي يحمل جنسيتها، أن تتصدى لحمايته في مواجهة دولة أخرى من الدول التي يُعد متعدد الجنسية من مواطنيها.

وقد سبق للفقه الحديث أن رفض هذا الرأي لكونه قد تجاهل أهمية التصدي لوضع معيار للتفضيل بين الجنسيات المتزاحمة، مكتفياً بالاستسلام ببساطة للنتائج الخطيرة المترتبة على مشكلة تعدد الجنسية، ومن جهة أخرى افترض الرأي السالف عجز القانون الدولي العام عن تقديم حل للمشكلة محل البحث، في حين إن التساؤل يجب أن يثار أصلا عما إذا كانت هناك قاعدة دولية تتضمن هذا الحل من عدمه[1].

وحلاً لمشكلة تعدد الجنسية، فأنه يكون من خلال وجود معيار يتم بموجبه تحديد الدولة التي لها حق ممارسة الحماية الدبلوماسية، وقد تم اعتماد معيار الجنسية الفعلية والمتمثلة في وجود رابطة حقيقية بين المستثمر والدولة.

وتعتبر الجنسية الفعلية مجرد معيار للترجيح بين الجنسيات المتعددة، وعلى الدولة المدعى عليها أن تقيم الدليل على إن جنسية الدولة المدعية لا تقوم على أسس فعلية، أما إذا كان المتضرر لايحمل سوى جنسية دولة واحدة ففي هذه الحالة يحق للدولة التي يحمل المتضرر جنسيتها أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لمصلحته حتى وان لم تكن جنسية تلك الدولة قائمة على أسس فعلية [2].

(1) - د.هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - مصدر سابق - ص 117

(2) - هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الأجنبي - المصدر السابق - ص 120 - 121.

ويمكـن الإشـارة إلى إن معيـار وجـود علاقـة فعليـة فيـما يخـص المسـتثمرين بالدولـة التـي لهـا حمايتهـم دبلوماسـياً يجـب أن يتقيـد بالواقـع الاقتصـادي، حيث إن صلـة الشركـة المتمثلـة في الجنسـية، قـد لا تعـبر عـن أي رابطـة اقتصاديـة تذكـر، وعلى القـاضي أن يختـار مـن بـين المعياريـن، المعيـار الـذي يلتقـي تطبيقـه مـع الواقـع، كون الدولـة التـي يتـضرر اقتصادهـا الوطنـي فعـلاً، هـي التـي لهـا الحـق في اتخـاذ إجـراء قانـوني [1].

أمـا ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية مـن قبـل دولتـين أو أكـثر يحمـل المُسـتثمر جنسـيتهم، فأنـه مـن حيـث المبـدأ، لا يوجد سـبب يمنـع دولتي جنسـية من إن يمارسـا ممارسـة مشـتركة حقـاً تتمتـع بـه كل دولـة مـن دول الجنسـية، وهـو مـا أقرتـه لجنـة القانـون الـدولي، حيـث ذهبـت إلى انـه يجـوز أن تشـترك دولتـان أو أكـثر مـن دول الجنسـية في ممارسـة الحمايـة الدبلوماسـية فيـما يتصـل بشـخص مـزدوج الجنسـية أو متعـدد الجنسـيات ضـد دولـة لايكـون هذا الشـخص مـن رعاياهـا [2]، وإذا كان لا يحق للدولـة المسـؤولة أن تعـترض عـلى مثـل هـذه المطالبـة المقدمـة مـن جانـب دولتـين أو أكـثر تتصرفـان في آن واحـد وبالتفاهـم بينهـما، فأنهـا قـد تثـير اعتراضـات عندمـا تقدم الـدول المطالبـة مطالبـات منفصلـة، أمـا إلى الهيئـة نفسـها أو إلى هيئـات مختلفـة، أو عندمـا تقـدم إحـدى دول الجنسـية مطالبة بعـد أن تكون قد حدثت اسـتجابة لمطالب دولـة أخـرى مـن دول الجنسـية فيـما يتصـل بتلـك المطالبـة، وقـد تنشـأ مشـاكل أيضـا عندمـا تتنـازل إحـدى دول الجنسـية عـن حق ممارسـة الحماية الدبلوماسـية وتسـتمر دولـة أخـرى مـن دول الجنسـية في مطالبتهـا، ويسـتحيل تدويـن قواعـد تحكـم حالات مختلفـة مـن هـذا النـوع، وينبغـي معالجة هـذه الحالات وفقـاً لمبادئ القانـون العامة التـي تحكـم تلبيـة المطالـب الـواردة في المطالبـات المشـتركة [3].

---

(1) - الرأي المستقل للقاضي غرو - محكمة العدل الدولية - قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - الحكم الصادر عام 1970 - ص 279.

(2) - المادة (5 / 2) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن الحماية الدبلوماسية.

(3) - تقرير لجنة القانون الدولي بشأن الحماية الدبلوماسية - الدورة السادسة والخمسون - 2004 - الوثيقة رقم (A / 59 / 10) من وثائق الأمم المتحدة - ص 32 - 33.

- **الشرط الثاني / استنفاد سبل الانتصاف المحلية:**

وصفت محكمة العدل الدولية هذا الشرط بأنه " قاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي العرفي، وانه من الضروري قبل أن يكون من الجائز اللجوء إلى محكمة دولية، أن تتاح للدولة التي حدث فيها الانتهاك الفرصة لجبره بوسائلها الذاتية، في إطار نظامها المحلي " [1].

ويمكن القول بأن اشتراط تطبيق هذا الشرط قبل اللجوء إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية يمثل مراعاة واحتراماً لسيادة الدولة التي يجب منحها الفرصة لأخذ دورها في إصلاح الضرر عن طريق وسائلها المحلية.

حيث إن سلطاتها القضائية والإدارية يفترض فيها القدرة على إقامة العدالة، وتعويض المستثمر الأجنبي عما لحق به من ضرر، باعتبار إن نظامها القانوني لا يسمح بالإضرار بهم، وذلك تطبيقاً لقوانينها في احترام ملكية المستثمر الأجنبي، والتي تم تشريعها في الأساس لغرض بث الاطمئنان في نفوس المستثمرين الراغبين في دخول البلد، بالإضافة إلى ما يفرضه القانون الدولي من قواعد توجب احترام ملكية الأجانب.

ومن ناحية أخرى فأن تطبيق هذه القاعدة يدفع إلى حد بعيد التشكيك في عدالة المحاكم المحلية التي وجدت لغرض إقامة العدالة والإنصاف، لذلك لا يسقط هذا الافتراض بمجرد إلحاق الضرر بالمستثمر، وإنما يبقى قائماً لحين استنفاد وسائل الانتصاف المحلية الممكنة، وثبوت إن تلك الدولة قد انتهكت التزاماتها تجاه المستثمر بشكل قاطع، وليس لها القدرة الذاتية أو الرغبة في إنصافه.

(1) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية انتر هاندل بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا - الحكم الصادر في 21 / آذار / 1959.

وعليه فان الغرض من شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية، هو تمكين الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي من القيام بدورها لمعالجة أية أضرار تلحق بالمستثمر الأجنبي نتيجة أفعال تنسب إليها، وبذلك تتحقق عدة مزايا في هذا الخصوص، فهو يؤكد احترام الولاية القضائية للدول باعتبارها صاحبة سيادة، ويمنح محاكمها الفرصة لتحقيق العدالة للمستثمرين، وهو ما يؤدي إلى تقليل ما يُعرض على القضاء والمحاكم الدولية من قضايا، ربما يكون الكثير منها ممكنة المعالجة أو إنها ذات قيمة لا تستوجب أن تكون محلاً للمنازعة في القضاء الدولي، بالإضافة إلى وجود حالات عديدة يكون الإضرار بالمستثمر الأجنبي نتيجة أفعال لا تكون محل قبول منها ويكون من مصلحتها إنصاف المستثمر، ولكن بعض الحالات تحتاج أن تكون فيها الدولة على علم بذلك، أو أن يكون نظامها القضائي والإداري لا يتمكن من اتخاذ إجراءات قضائية أو إدارية إلا بناءً على دعوى أو شكوى، وما إلى ذلك من الأسباب.

ويساعد اشتراط استنفاد وسائل الإصلاح المقررة في الدولة المضيفة قبل اللجوء للحماية الدبلوماسية في الحفاظ على العلاقات الودية بين الدول ويحول دون إثارة المنازعات التي يترتب عليها تحريك المسؤولية الدولية التي تؤدي في أحيان كثيرة إلى نزاع مسلح أو تهديد السلم والأمن الدوليين، ولا شك إن تلافي الخلافات الدولية، وتقليل عدد الدعاوى التي ترفعها بعض الدول على بعض فيه مصلحة مُحققة للمُجتمع الدولي بأسره [1].

(1) - د. احمد ابو الوفا - الوسيط في القانون الدولي - منشورات دار النهضة العربية - الطبعة الرابعة - سنة الطبع 2004 - ص 884.

ويتخـذ سـبيل الانتصـاف المحلي اللجـوء إلى القضـاء بدرجاته وأنواعـه في الدولة المضيفـة، بحسـب مـا تسـمح بـه تشريعاتهـا للأجانـب، فقـد يقتـضي الأمـر اللجـوء إلى المحكمـة الدسـتورية أو المحكمـة العليـا [1] إذا كان نـزع ملكيـة المسـتثمر الأجنبـي أو مصـادرة أملاكـه تـم بنـاءاً عـلى تشريـع خـاص بذلـك، وكان ذلـك التشريـع يتضمـن نصـاً صريحـاً بعـدم تعويـض مـن تـم نـزع ملكيتهـم بموجبـه، حيـث إن اسـتنفاد سـبل الانتصـاف المحليـة تكـون من خـلال الطعن بدسـتورية ذلـك التشريع باعتبـاره يخالف نصـاً دسـتورياً [2].

أو قـد تكـون إقامـة الدعـوى أمـام المحاكم العاديـة، حيث يتم تحديـد مضمون الطلبـات والطعـون وفقـاً للنظام القانـوني والقضائي السـائد فيها.

وفي كل الأحـوال يجـب على المسـتثمر الأجنبـي المتضرر متابعـة الدعوى في كافة مراحلهـا، مـا دامـت لم يصـدر فيهـا حكـم نهـائي بات، فـإذا صدر قـرار مـن محاكم أول درجـة، لا يكـون في مصلحتـه، فعليه أن يبادر إلى الطعن فيه اسـتئنافاً وتمييزاً، إذا سـمح القانـون بذلك، وهو الاسـتنفاد العمـودي للطعن.

كـما إن عليـه أن يقـدم التظلـمات والطعـون التـي يجيزهـا القانـون أمـام جهة الإدارة، وفقـاً للآليـة التـي يحددهـا، وإذا لم تنصفـه الإدارة الدنيـا، يجـب الطعـن في قرارهـا أمـام مرجعهـا القانـوني، كـما في حالة التظلم الرئـاسي، أو الطعن بهـا قضائياً، كل ذلـك في الحـدود التـي يسـمح بهـا القانون.

(1) - بموجب المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، يكون اختصاص النظر بدستورية القانون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا.

(2) - تنص العديد من الدساتير على عدم جواز نزع ملكية الأفراد إلا بشروط معينة ومن ضمنها التعويض، ومنها ماورد في المادة (23 / ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 " لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، ويُنظم ذلك بقانون ".

ولا يكفـي مراعـاة اسـتنفاد طـرق التقـاضي الداخليـة بـل مراعـاة نتيجـة هـذا الاسـتنفاد فـأن لم تـؤد طـرق التقـاضي بعـد اسـتنفادها إلى أصـلاح الـضرر، عندها يحق لدولـة المتـضرر التدخـل لحمايتـه، ويشـترط في الحكـم أن يكـون نهائيـاً وحائـزاً لحجية الـشيء المقـضي بـه [1].

ويتطلـب شرط اسـتنفاد سـبل الانتصـاف المحليـة أن يكـون الـضرر واقعـاً عـلى المسـتثمر الأجنبـي بشـكل مبـاشر، وان مـا لحق بدولتـه إنما هو ضرر غير مبـاشر، نتيجة لمـا لحـق أفرادهـا، أمـا إذا كان الضرر لحـق بالدولة مباشرة، بأن تـضررت مصالحها هي، وارادت المطالبـة عـن تلـك الأضرار، فـلا مجال لتطبيق تلـك القاعدة، باعتبـار إن الدولة صاحبـة سـيادة ولا سـلطان لقضاء دولة أخـرى عليها.

لذلـك تحـاول بعـض الـدول الالتفاف على هـذا الشرط، بـأن تصـور الفعل الذي صـدر عـن الدولـة المضيفـة قد الحـق ضرراً مباشراً بهـا بالإضافة إلى الـضرر المباشر الذي لحـق بالمسـتثمر، وذلـك باعتبـار إن الدولـة المضيفـة التـي ألحَقـت الـضرر بالمسـتثمر قـد انتهكـت الاتفاقيـة بـين الطرفـين التـي تفـرض عليهـا حمايـة اسـتثمارات مواطنيها، ومـن الممكـن الاحتجـاج بذلـك لغرض اسـتبعاد اسـتيفاء شرط اسـتنفاد سـبل الانتصاف المحلية.

وهـو مـا احتجـت بـه الولايـات المتحـدة الأمريكيـة ضـد ايطاليـا، واعتـبرت إن مطالبتهـا تقـوم في جـزء منهـا عـلى أسـاس ضرر مبـاشر تمثل في انتهـاك ايطاليـا لمعاهدة الصداقـة والتجـارة والملاحـة المبرمـة بـين الطرفـين، وقـد رفضـت المحكمـة تلـك الحجة، واعتـبرت إن أصـل الموضـوع يتعلـق بـأضرار لحقـت بالشركتـين الأمريكيتـين، وهـو مـا يطغـى على جوهـر المطالبـة[2].

(1) - علي حسين ملحم - مصدر سابق - ص 238.

(2) - حكم محكمة العدل الدولية في قضية (الكترونيكا سيكولا ELSI S.P.A) بين الولايات المتحدة الأمريكية وايطاليا بتاريخ 20 / تموز / 1989.

أمـا بشـأن الطبيعـة القانونية لشرط اسـتنفاد طرق التقاضي المحليـة فقد تباينت وجهـات النظـر حولهـا، فالبعـض يعتـبره قاعـدة إجرائية، والاتجـاه الآخر يعتـبره قاعدة موضوعيـة أو جوهريـة، ويترتـب عـلى هذا الاختـلاف نتائج مهمة.

- **الرأي الأول / أنها قاعدة إجرائية:**

ويسـتند هـذا الـرأي إلى السـلطة التقديريـة للدولـة، فلهـا كامل الحريـة في منح الحمايـة الدبلوماسـية أو رفضهـا، دونمـا حاجـة إلى تبريـر موقفهـا بـأي طريقـة كانـت ودون أن تكـون مضطـرة، عـلى سـبيل المثـال، إلى الاسـتناد إلى عدم صحـة الطلب أو إلى مقتضيـات السياسـة الخارجيـة، وإذا قـررت الدولـة تقديـم مطالبـة، فـان لهـا أن تختار وسـائل تسـوية النـزاع مـع الدولـة الإقليمية، بمـا في ذلك المصالحـة الوديـة، أي أن تقبل هـذه الأخـيرة أن تسـدد مبلغـاً جزافيـاً على سـبيل التعويض، والى حد مـا، فانه ليس من المهـم كثـيراً في نظـر القانـون الـدولي معرفـة الكيفيـة التـي حصل بهـا الفرد نفسـه على التعويـض في نهايـة الأمر [1].

- **الرأي الثاني: أنها قاعدة موضوعية:**

أي إن مسـؤولية الدولـة المضيفـة للاسـتثمار بموجـب القانـون الـدولي لا تبـدأ إلا بعـد اسـتنفاد المُسـتثمر الأجنبـي المتـضرر سـبل الانتصـاف المحليـة المقـررة بموجب قوانـين الدولـة المضيفـة.

ويترتـب عـلى الأخـذ بهذا الـرأي إن مسـؤولية الدولة المضيفة لا تنشـأ من تاريخ نـزع ملكيـة المُسـتثمر الأجنبـي أو إلحـاق الـضرر بـه، وان تكـون ناشـئة بعـد اسـتنفاد سـبل الانتصـاف المحليـة ودون أن يترتـب عليهـا إنصاف المسـتثمر واعـادة حقوقه إليه.

(1) - محمد بنونة - المقرر الخاص للجنة القانون الدولي - تقرير أولي عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الخمسون - الوثيقة رقم (A / CN.4 / 484) ص 7.

وهكـذا نجـد إن بيـان طبيعـة قاعـدة اسـتنفاد سـبل الانتصـاف المحليـة ترتبـط ارتباطـاً وثيقـاً بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، حيـث تبـدو أهميـة تحديـد تلـك الطبيعـة في تحديـد جنسـية المسـتثمر الأجنبـي لغـرض المطالبة الدوليـة، حيـث إن تاريخ تحقق مسـؤولية الدولـة المضيفـة مـن المسـائل المهمـة في تحديـد تمتـع المسـتثمر بجنسـية معينـة، وكذلـك تظهـر هـذه الأهميـة في تحديـد مقـدار الضرر الـذي لحق بـه، وبالتالي مـا يسـتحقه مـن تعويض.

- **الشرط الثالث / شرط الأيادي النظيفة (سلوك المستثمر):**

يُشـترط أن لا يكون الشـخص المراد حمايته قد تسـبب بسـلوكه المخالف للقانون الـدولي العـام، أو لقوانـين الدولة التـي يُقيم فيها في حدوث الضرر الذي يشـكو منه[1].

ويتجلى شرط الأيدي النظيفة في فكرة إن الفرد لا يسـتطيع أن يطالب بتعويض عـادل، أو أن يُلـزم الآخريـن باحـترام حقوقـه، إذا كان هو بسـلوكه قد خرق مبـدأً عادلاً هـو مبـدأ حسـن النيـة[2]، حيـث ليس لأحـد أن يفيد من باطـل صدر عنـه، ومن يقصد العدالـة طلبـاً للانتصاف، يجب أن يقصدهـا بأيدٍ نظيفة[3].

وفي خصـوص هـذا الـشرط، يبـين تقريـر المقـرر الخـاص للجنـة القانـون الـدولي أن الأدلـة المؤيـدة لمبـدأ الأيـدي النظيفـة غـير حاسـمة، والحجـج التـي تسـتند إلى هذا المبـدأ تسـاق عـادة في القضايـا المرفوعـة بـين الـدول مباشرة أمـام محكمـة العـدل الدوليـة، إلا أنـه مـا زال يتعـين تأييـد هـذه الحجـج، أمـا إذا كان هـذا المبـدأ يـسري عـلى جميـع المطالبـات المتعلقـة بالحمايـة الدبلوماسـية فهـو أمـر غـير مؤكـد إلى حـد

(1) - د. عصام العطية. مصدر سابق. ص 546.

(2) - Ori J. Herstein - A Normative Theory of the Clean Hands Defense - journal Cornell University Law School - vol. 17 - no. 3 - 2011 - p 3.

(3) - جون دوغارد - المقرر الخاص للجنة القانون الدولي بشأن الحماية الدبلوماسية - التقرير السادس - الدورة السابعة والخمسون - 2004 - ص 2.

كبير، فليس ثمة سند واضح يؤيد وجوب تطبيق هذا المبدأ على قضايا الحماية الدبلوماسية، وما يوجد من سند فهو غير مؤكد وقديم العهد، حيث يعود تاريخه إلى منتصف القرن التاسع عشر، ومع أن بعض المؤلفين يؤيدون وجود هذا المبدأ في سياق الحماية الدبلوماسية، فإن السند لا يؤيدهم [1].

(1) - جون دوغارد - المقرر الخاص للجنة القانون الدولي بشأن الحماية الدبلوماسية - التقرير السادس - الدورة السابعة والخمسون - 2004 - ص 12.

المطلب الثالث

تقييم حماية الاستثمار الأجنبي بنظام الحماية الدبلوماسية

إن نظام الحماية الدبلوماسية بحسب ما اتضح من خلال بيان طبيعته وشروط ممارسته، يشوبه العديد من العيوب والمساوئ، التي لها اثر سلبي في حماية الاستثمار الأجنبي، ويمكن إجمال هذه العيوب بالاتي:

1 - السلطة التقديرية للدولة في تقديم الحماية الدبلوماسية

حيث تبين إن الدولة التي ينتمي إليها المُستثمر الأجنبي لها أن تُقدر تقديم الحماية الدبلوماسية له إذا ما لحقه ضرر، أو أن تمتنع عن ذلك، دون أن يترتب على امتناعها أية مسؤولية تجاهه، إلا بمقدار من المسؤولية الأخلاقية، ترده بمبررات المحافظة على العلاقات الودية مع الدول الأخرى.

2 - السلطة التقديرية للدولة في تحديد المطالبة

إن الدولة التي ينتمي إليها المستثمر المتضرر تحل محله في المطالبة بالتعويض عن الضرر، ووفقاً لذلك فأننا لانكون إزاء مجرد انتقال للمطالبة بالتعويض من الفرد إلى الدولة، أي أن تكون الدولة مقيدة بحدود ما يطلبه المواطن من تعويض، وإنما نكون إزاء مطالبة من الدولة بالتعويض عن ضرر يختلف في طبيعته وقيمته وصورته عن الضرر الذي لحق المواطن، وهذا ماعبرت عنه محكمة العدل الدولية الدائمة بالقول (أن الضرر الذي يلحق بالشخص لا يماثل في جوهره الضرر الذي يلحق بالدولة، ولا يمكن إلا أن يوفر مقياساً ملائماً للتعويض المستحق للدولة) [1].

(1) - حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مصنع شورزو بين ألمانيا وبولندا - الصادر بتاريخ 13 / أيلول / 1928.

3 - التنازل عن المطالبة بالتعويض

إذا ما صدر حكم عن المحكمة التي نظرت المطالبة التي تقدمت بها الدولة وفقاً للحماية الدبلوماسية، أو إذا ما اتفقت مع الدولة المضيفة للاستثمار التي ألحقت الضرر بالمستثمر على تعويض معين، فلها أن تتنازل عنه.

4 - الصعوبات المتعلقة بإثبات الجنسية وتعددها وانعدامها.

ترتبط ممارسة الحماية الدبلوماسية بشرط الجنسية، وان إثبات هذه الرابطة بحد ذاته يُمثل عقبة كبيرة، بالإضافة إلى المشاكل المتعلقة بتعدد الجنسية مايؤدي إلى تزاحم المطالبات وما يترتب عليها من ضرورة إثبات الجنسية الفعلية، وتظهر بشكل أكثر تعقيداً عندما يُراد تحديد جنسية الأشخاص المعنوية، حيث تزداد مع سعة نشاط الشركة وتعدد المساهمين فيها، كما إن حالات انعدامها تثير الكثير من الصعوبات والمشاكل المرتبطة بذلك.

5 - الصعوبات المتعلقة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية

وتظهر هذه الصعوبات في أكثر من صورة، منها التأخر في إجراءات التقاضي، مما يفاقم الضرر الذي يصيب المستثمر، يضاف لها تعقد إجراءات التقاضي المحلية وتعددها، وما تستوجبه من نفقات، كما إن النظام القانوني في البلد المضيف لا يتيح أحيانا للأجانب عموماً، وللمستثمرين منهم خاصة عند نزع ملكيتهم، إمكانية للتقاضي بصورة مطلقة، أو أن يكون التقاضي في حال إقراره غير ذي جدوى، مما يضيف عبئاً آخر في إثبات عدم وجود إمكانية للتقاضي أو عدم فاعليتها.

ولـو أضفنـا لتلـك العيـوب ذلـك الإرث الـسيء القديـم الـذي لم ينتـه، بأنهـا قـد اسـتخدمت ذريعـة للتدخـل في شـؤون الـدول الأخرى، وخصوصـاً تدخل الـدول القوية ضـد الـدول الضعيفـة والمسـاس بسـيادتها، وهـذا مـا أشـار إليـه احـد قضـاة محكمـة العـدل الدوليـة بالقـول " إن تاريـخ مسـؤولية الـدول في مجـال معاملـة الأجانـب إنمـا هـو سلسـلة مـن أعـمال التعسـف والتدخـل اللاقانـوني في الشـؤون الداخليـة للـدول الضعيفـة، ومطالبـات لا مـبرر لهـا، وتهديـدات وربمـا اعتـداءات عسـكرية تحـت غطاء ممارسـة حقـوق الحمايـة، وفـرض عقوبات لإكـراه الحكومـات على تقديـم التعويضات المطلوبـة " [1]، حتـى كانـت النتيجـة الحتميـة لذلـك إن الحمايـة الدبلوماسـية من هذا النـوع أصبحـت ينظـر لهـا من قبل الـدول الناميـة ولاسـيما في أمريكا اللاتينيـة بوصفها ممارسـة تمييزيـة للسـلطة لا كطريقـة لحمايـة حقـوق الأجانـب [2].

عليـه فـأن احـد مقتضيات إبـرام اتفاقيـات الاسـتثمار الدولية هو تـلافي العيوب المتعـددة في نظـام الحمايـة الدبلوماسـية، فقد تلافت تلـك الاتفاقيات، مسـألة المطالبة التـي أصبحـت حقـاً مبـاشراً للمسـتثمر الأجنبـي المتـضرر [3]، وخففـت من آثـار الشرط المتعلـق باسـتنفاد سـبل الانتصـاف المحليـة، بأن نصت عـلى اسـتبعاده أو تحديده بمدة زمنيـة للحسـم، وبذلـك ظهـر نظـام منافـس لنظـام الحمايـة الدبلوماسـية يقـوم عـلى تحقيـق تطلعـات المسـتثمرين في حماية اسـتثماراتهم بطريقـة فاعلة.

(1) - القاضي باديلا نيرفو - الرأي المستقل في قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة - انظر مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية لعام 1970.

(2) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000 - المجلد الثاني - الجزء الأول - جون دوغارت (المقرر الخاص) - التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الثانية والخمسون - رقم الوثيقة A / CN.4 / 506 - الفقرة 11 - ص 266.

(3) - سنتعرض لبيان ذلك لاحقاً.

ومـما يجـدر الإشـارة إليـه في هـذا الصـدد، إن إيجـاد آليـات اتفاقيـة جديـدة لحماية الاسـتثمار الأجنبي أثارت وبشـكل كبير التسـاؤل عن جدوى اللجوء إلى الحماية الدبلوماسـية في ظـل وجـود نظـام يُتيـح للمُسـتثمر المتـضرر المطالبـة بحقوقـه بشـكل مبـاشر، أو بعبـارة أخـرى هـل اسـتبعدت آليـات حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي الـواردة في الاتفاقيـات إمكانيـة اللجـوء للحماية الدبلوماسـية؟

لقد أنقسم الرأي بصدد الإجابة عن ذلك على اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:**

يذهـب إلى إن الغـرض مـن معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة والمتعـددة الأطـراف، هـو اسـتبعاد القواعـد العاديـة للحمايـة الدبلوماسـية، ذلـك إن المسـتثمرين يعتـبرون قواعـد القانـون الـدولي العـرفي المتعلقـة بالحمايـة الدبلوماسـية غـير كافيـة، لأن نظـام الحمايـة هـذا يتوقـف عـلى تقديـر الدولـة الوطنيـة في ضرورة التدخـل، والواقـع عملياً إن الـدول تـتردد في التدخـل لحمايـة الاسـتثمارات الأجنبيـة، وبالتـالي فـان معاهـدات الاسـتثمار الدوليـة، صيغـت تحديـداً بحيـث تسـتبعد ذلك العنـصر التقديـري، وبحيث تمكـن المسـتثمر مـن حقوقـه، وهـو أمر غير ممكـن في ظل القانـون الـدولي العرفي، كما يتجـلى في قضيـة شركـة برشـلونة للجـر [1].

- **الاتجاه الثاني:**

يذهـب إلى إن وجـود قواعـد خاصـة بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، عـن طريـق إيجـاد وسـائل للانتصـاف لايعنـي اسـتبعاد الحمايـة الدبلوماسـية بشـكل تـام، ذلك انه بالإمـكان اللجـوء إليهـا إذا امتنعـت الدولـة المدعـى عليهـا عن تنفيـذ القـرار المتخذ في

(1) - رأي السيد دوغارد (المقرر الخاص للجنة القانون الدولي) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 2003 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الخامسة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2003.

إطـار سـبل الانتصـاف التـي تحظـى بالأولوية، وعليـه لا يوجد اسـتبعاد متبـادل وكامل بينهـما [1].

وإذا كان الأمـر للخيـار، فمـن المؤكـد أن الترجيـح بين خيار الحماية الدبلوماسـية وبـين خيـار الحمايـة المقـررة في اتفاقيات الاسـتثمار الدوليـة التي تتيح وسـائل انتصاف دوليـة، لا يُمكـن أن يعـدو عـن تفضيل الأخير.

حيـث مـن الصعـب التصـور بـأن المسـتثمرين الأجانـب يفضلـون، لأغـراض الحصـول عـلى تعويضـات، الحمايـة الدبلوماسـية عـلى الحمايـة التـي توفرهـا لهـم معاهـدات الاسـتثمار، فهـذه الحمايـة واسـعة النطـاق للغاية في أكثر الأحيان، تجسـدت بوضـوح في قـرارات التحكيـم التـي صـدرت مؤخـراً والتـي تعج بـأشراك للـدول، كما أن تطبيـق الحمايـة التـي توفرهـا معاهـدات الاسـتثمار أسـهل بكثير مـن تطبيـق الحماية الدبلوماسـية، والدليـل عـلى ذلك ما صدر مؤخـراً من قرارات عن المركز الدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار [2].

ولـو راجعنـا مـشروع المـواد المتعلقـة بالحمايـة الدبلوماسـية الذي أعدتـه لجنة القانـون الـدولي، نجدهـا قـد اهتمـت ببيـان معالجـة ذلـك، حيـث اعتـبرت أن مـواد المـشروع " لا تنطبـق بالقـدر الـذي لا يتفق مـع القواعـد الخاصة للقانون الـدولي، مثل الأحـكام الـواردة في معاهـدات حمايـة الاسـتثمار"[3].

(1) - رأي السيد ايكونوموس - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 2003 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الخامسة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2003.

(2) - رأي السيد كامتو - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 2003 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الخامسة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2003.

(3) - المادة (17) من مشروع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية الذي اعتمدته لجنة الصياغة في القراءة الثانية للمشروع - لجنة القانون الدولي - الدورة الثامنة والخمسون - 2006 - الوثيقة رقم (A / CN.4 / L.684) من وثائق الأمم المتحدة.

وهـذا يعنـي انـه لا تطبيـق لقواعـد الحمايـة الدبلوماسـية التـي تتعـارض مـع القواعـد الخاصـة بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي التـي تـرد في الاتفاقيـات بمقـدار ذلـك التعـارض، أمـا في حالـة عدم التعـارض تكون الحماية الدبلوماسـية فاعلـة ونافذة، وهذا مـا يحقـق التكامـل والانسـجام بين نظامـي الحمايـة، دون أن يؤدي أي منهـما إلى إلغاء الآخر.

أمـا التقريـر المقـدم لجمعيـة القانون الدولي عـن " دور الحماية الدبلوماسـية في ميـدان حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي " فقـد جاء فيـه أن " لا حاجة إلى الذهـاب بعيدا إلى حـد القـول إن الحمايـة الدبلوماسـية والقواعـد التـي تنظـم حمايـة الاسـتثمار الأجنبي متنافيتـان، غـير أن النتيجـة قـد تبـدو مخيبـة للآمـال مـن منظـور شـخص يريـد القـول بـضرورة أن تضطلـع الحمايـة الدبلوماسـية بـدور قـوي في قانـون الاسـتثمار الأجنبـي المعـاصر، وقـد أظهـر تحليـل نظـام معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة والنهـج المتعـددة الأطـراف أن الحمايـة الدبلوماسـية لا تضطلـع بـدور كبـير بـين الوسـائل المتاحـة لحـل النزاعـات وعـلى العمـوم، تفضـل الاتفاقيـات الثنائيـة والمتعـددة الأطـراف عـلى حـد سـواء، الإجراءات البديلة لتسـوية المنازعات وتسـمح للمسـتثمرين بالوصول إلى هيئات التحكيـم الـدولي، وتتيـح لهـم هـذه الطريقـة الأحقيـة في تقديـر المطالبـات بموجـب القانـون الـدولي وتجنـب الحمايـة الدبلوماسـية"

ويضيـف التقريـر " يبـدو أن هنـاك شـعورا قويـا بعـدم الثقـة إزاء الحمايـة الدبلوماسـية، فيـما يتعلـق بمـا يكتنفهـا مـن انعـدام التيقـن عـلى الصعيـد السـياسي، وطابعهـا التقديـري وقدرتهـا عـلى حمايـة حملـة الأسـهم الأجانـب بموجـب القواعـد القانونيـة لمحكمـة العـدل الدوليـة، ومـا النتيجـة ؟ يبـدو أن هنـاك رأيـين مختلفين، قد يتمثـل أحدهـما في الدعـوة إلى إجـراء تغيـير في القواعد المُنظمـة للحماية الدبلوماسـية بهـدف تلبيـة طلبـات المسـتثمرين، غـير أن هـذا الخيـار لا يبـدو أنه واقعـي لأنه يغفل وجـود شـبكة مـن الاتفاقيـات الثنائيـة المقترنـة باتفاقيـات متعـددة الأطـراف وسـوف

تظهـر إلى الوجـود، عاجـلا أو آجـلا، اتفاقية تكـون خلفا للاتفاق المتعدد الأطراف بشـأن الاسـتثمار، وبنـاء عـلى هـذه الاعتبـارات، يبدو خيـار آخر أكـثر واقعية، ألا وهـو القبول بسـياق الاسـتثمار الأجنبـي، بأنـه حـل محـل القانـون التقليـدي للحماية الدبلوماسـية، وحـل إلى حـد بعيـد محـل عـدد مـن الإجـراءات التـي تسـتند إلى المعاهـدات لتسـوية النزاعـات [1].

ويبـدو إن اتفاقيـة إنشـاء المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، كان لهـا السـبق في تقديـم آليـة يتـم فيها تنسـيق تطبيق نظامـي الحماية، حيـث نصت على انه " طالمـا كان النـزاع معروضـاً عـلى محكمـة تحكيـم تابعة للمركـز، أو المسـتثمر والدولة قـد اتفقـا عـلى اختصـاص المركـز بالنظـر في المنازعـة، فأنـه لا يحـق لدولة المسـتثمر أن تمـارس الحماية الدبلوماسـية بشـأن هذا النـزاع، أو أن تقاضي الدولة المضيفة للاسـتثمار بشـأنه، إلا إذا صـدر قـرار تحكيـم ضـد هـذه الدولـة وامتنعت عـن تنفيذه[2].

ويعتـبر هـذا في الواقـع إقـرارا مـن الـدول الأعضـاء في المركـز بمبـدأ عـدم جـواز اسـتخدام الحمايـة الدبلوماسـية إلا في الحالـة المذكـورة، وهـو مبـدأ رفضـت الـدول الغربيـة التسـليم بـه خـارج إطـار اتفاقيـة المركـز [3].

(1) - تقرير الأستاذة جوليان كوكوت - دور الحماية الدبلوماسية في حماية الاستثمار الأجنبي - تم عرضه في المؤتمر السبعين لجمعية القانون الدولي - نيودلهي - 2002 - ص 276 - 277.

(2) - المادة (27) من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965.

(3) - د. إبراهيم شحاتة - دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 41 لسنة 1985 - ص 7.

ويمكـن القـول إن نظامـي الحمايـة لا يُلغـي احدهـما الآخـر، وإنما هـما نظامان يتكاملان ببعضهما في عدة موارد، وقد عبر المقرر الخاص لموضوع الحماية الدبلوماسـية عـن قناعتـه بعـدم صحـة التوجـه الذي ذهـب إليه مـن اسـتبعاد معاهدات الاسـتثمار الثنائيـة للقانـون الـدولي العـرفي، حيث انـه عادة مايتـم الرجوع إليه مـن قبل الأطراف لتفسـير تلـك المعاهـدات، وان النظامين يكمل احدهـما الآخر [1].

ونجـد بأنـه وان كان مـن الممكـن أن يشـارك الفرد في النظام القانـوني الدولي عبر ممارسـته حقوقـه بمقتـضى اتفاقيات الاسـتثمار الثنائية، فمن الضروري في الوقت نفسـه إدراك أنـه عـلى الرغـم مـن أنـه قـد تكون للفـرد حقـوق بموجـب القانون الـدولي، فإن وسـائل الانتصـاف المتاحـة لـه محـدودة، وعليه فأن الحماية الدبلوماسـية نظـام مقبول في القانـون الـدولي العـرفي، ولا تـزال أداة مفيـدة لحمايـة حقـوق الإنسـان، كـما توفـر وسـيلة انتصـاف ممكنـة لحمايـة الملايـين مـن الأجانـب الذيـن لا يسـتطيعون الوصـول إلى وسـائل انتصـاف أمـام الهيئـات الدوليـة، وتوفر وسـيلة انتصـاف أكثر فعاليـة لهؤلاء الذين يسـتطيعون الوصول إلى وسـائل الانتصاف الدولية [2]، فليس كل مسـتثمر تشمله اتفاقيـات الاسـتثمار التـي تبرمهـا دولهـم، فأنهـا بحسـب مـا بينـاه سـلفاً، يمكـن أن تقتـصر عـلى فئـات مـن الاسـتثمارات دون غيرهـا، ومـن جهـة أخـرى يمكـن أن ينعـدم وجـود اتفاقيـة اسـتثمار بـين دولـة جنسـية المسـتثمر وبـين الدولـة المضيفـة،، فعـلى الرغـم مـن وجـود أكـثر مـن (2000) اتفاقيـة لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، فأنهـا لا تُتيـح الحمايـة إلا لثلثـي المجمـوع العالمـي للاسـتثمار المبـاشر، ولا

(1) - رأي السيد دوغارد (المقرر الخاص للجنة القانون الدولي) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 2003 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الخامسة والخمسين - الوثيقة رقم A / CN.4 / SER.A / 2003.

(2) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000 - المجلد الثاني - الجزء الأول - جون دوغارت (المقرر الخاص) - التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الثانية والخمسون - رقم الوثيقة A / CN.4 / 506 - الفقرة 68 - ص 279.

يتنـاول إلا خُمـس العلاقـات الاسـتثمارية الثنائيـة الممكنـة، ولغـرض توفـير الحمايـة الكاملـة في هـذا الصـدد، فأنـه يلـزم إبـرام (14100) معاهـدة ثنائيـة أخـرى [1].

ونؤيـد القـول بـأن القانـون الـدولي يمـر بمرحلة تحـول، يُسـتعاض فيهـا تدريجياً عـن قواعـد القانون الدولي العرفي، مثل قواعد الحماية الدبلوماسـية، بممارسـات جديدة للـدول، مثل ممارسـة اتفاقيات الاسـتثمار الثنائيـة التي بلغت مرحلـة متقدمة، وبالتالي يجـب إعطـاء الأولوية لتلك الممارسـة من ممارسـات الـدول [2].

(1) - مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية " الاونكتاد " - تقرير الاستثمار العالمي لعام 2011 " عرض عام " - ص 22.

(2) - رأي السيد تشي - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي - 2003 - المجلد الأول - المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الخامسة والخمسين - الوثيقة رقم .A / CN.4 / SER.A / 2003

المبحث الثاني

التحكيم الدولي

تعـد مسـألة وجـود منازعـات في أي مجـال من مجـالات الحياة ظاهـرة طبيعية، لأن التعامـل والاحتـكاك بـين الأشـخاص في أي مجتمـع مـن المجتمعـات غالبـاً مـا يولـد خلافـات بينهـم نتيجـة تعـارض المصالـح، وموضـوع العلاقـة بـين المسـتثمر والدولـة المضيفـة للاسـتثمار ليسـت بدعـاً عـن ذلـك، بـل إن تعـارض المصالـح يكـون فيهـا امـراً متحققـاً في الغالـب، فهـذه العلاقـة وان كانـت تسـير في بدايتهـا بصـورة صحيحـة دون مشـاكل إلا إنهـا لابـد أن تمـر بمراحـل تنتكس فيها تلـك العلاقة وتظهـر الخلافات نتيجة تبايـن مصالـح طرفيها.

وعليـه لابـد مـن وجـود آليـات تضمـن تسـوية تلـك المنازعـات بشـكل عـادل، ومـن أهـم تلـك الآليـات، توفـير ضمانـات قضائيـة لحماية الاسـتثمار، وعادة مـا يطمئن المسـتثمر إلى قضـاء التحكيـم، الـذي أصبـح هـو القضـاء الطبيعـي في هـذا المجـال [1]، لذلـك نجـد إن الـدول التـي تسـعى إلى اجتـذاب الاسـتثمار نصـت في قوانينهـا الخاصـة بالاسـتثمار عـلى إمكانيـة اللجـوء إلى التحكيـم لفـض المنازعـات [2].

(1) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 354 - 355.

(2) - منها ماورد في المادة (27 / 4) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 التي تنص على " إذا كان احد إطراف النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقا للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً "

ويُعـرف التحكيـم بأنـه (الطريقـة التـي يختارها الأطـراف لفض المنازعـات التي تنشـأ عـن العقـد والتـي يتـم البـت فيهـا أمام شـخص او اكثر يطلـق عليه اسـم المحكم أو المحكمـين دون اللجـوء إلى القضـاء) [1].

ولأجـل الوقـوف عـلى أهميـة التحكيـم الـدولي ودوره في حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، وبيـان لأهـم هيئـة تحكيـم متخصصة في مجـال منازعـات الاسـتثمار الأجنبي وهـو المركـز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار، وتقييـم هذه الآلية في الحماية، سـيتم تقسـيم هـذا المبحـث عـلى المطالـب الآتيـة: -

- المطلـب الأول / الطبيعـة القانونيـة لحـق المُسـتثمر الأجنبـي في التقـاضي الدولي
- المطلب الثاني / دور التحكيم الدولي في حماية الاستثمار الأجنبي
- المطلب الثالث / المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
- المطلب الرابع / تقييم التحكيم الدولي في حماية الاستثمار الأجنبي

(1) - د.فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - سنة الطبع 1992 - ص 17.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لحق المُستثمر الأجنبي في التقاضي الدولي

لقد انقسم الرأي بشأن السماح للأفراد ومنهم المستثمرين الأجانب باللجوء إلى القضاء الدولي على اتجاهين، يتمسك أولهما بالفكرة التقليدية للقانون الدولي، التي ترى فيه قانوناً مُنظماً للعلاقات بين أشخاص القانون الدولي، وان الفرد لايملك شخصية قانونية دولية، وبالتالي ليس له الحق في اللجوء المباشر إلى المحاكم الدولية، والاخر، وهو اتجاه حديث ولدته مقتضيات الحياة الدولية الناجمة عن ما أحاط بالمجتمع الدولي من مُتغيرات اقتصادية وتجارية، وما تسعى إليه متطلبات هذه المتغيرات من تحقيق للحماية القانونية للتبادل التجاري ومُعطيات التعامل الاقتصادي الدولي، والمُتمثلة بحركة رؤوس الأموال الأجنبية والاستثمارات الأجنبية الخاصة، إلى جانب الدور المتنامي للشركات العملاقة متعددة الجنسيات والعابرة للحدود، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه تمكين الفرد من اللجوء إلى المحاكم الدولية لرعاية مصالحه بنفسه [1].

وهذا الجدل الكبير بشأن شخصية الفرد في القانون الدولي، قد اثر سلباً وبشكل واضح في استيفاء الفرد المتضرر لحقوقه من الدولة التي ألحقت الضرر به، فحرمانه من الوصول إلى القضاء الدولي يمثل اكبر انتقاص لتلك الحقوق، خاصة وان الآلية التقليدية المتمثلة بالحماية الدبلوماسية تشتمل على الكثير من العيوب.

(1) - د. إبراهيم العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي - منشورات دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - 2006 - ص67 - 68.

لذلك فأن السنوات السابقة للحرب العالمية الثانية، من النادر أن نجد لجوءاً مباشراً للمحاكم الدولية لفض المنازعات [1]، وذلك بسبب ما كان سائداً في القانون الدولي من شكوك بشأن مباشرة القطاع الخاص بتحريك المطالبة المباشرة أمام المحاكم الدولية [2]، حيث إن إطار عمل تلك المحاكم عادة ما يكون لأشخاص القانون الدولي.

إلا انه في أعقاب هذه الحرب، تم الاتفاق بين العديد من الدول على تشكيل لجان وهيئات تحكيم مختلطة تنظر في الدعاوى والمطالبات التي يقيمها الأفراد الأجانب المتضررون من الأعمال الحربية وما رافقها من نزع للملكية ومصادرة، وقد منحت تلك الاتفاقيات الحق للأفراد في إقامة الدعاوى للمطالبة بالتعويض، مما أثار التساؤل حول طبيعة حق الفرد في التقاضي الدولي، وقد تم تكييف ذلك الحق بعدة أوجه:

1 - فكرة التمثيل أو النيابة

بمعنى إن الفرد في مثوله أمام محكمة دولية لا يعمل بصفته الذاتية، وإنما بوصفه نائباً أو ممثلاً لدولته، وانتُقِدَ هذا التفسير من حيث إن الأخذ به يفترض التسليم للفرد بالشخصية القانونية الدولية، ذلك إن الممثل أو النائب يجب أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الدولي، لأن من لا يملك حق التصرف على المستوى الدولي لا يُمكن أن يعمل لحساب أشخاص قانونيين دوليين.

(1) - نشير في هذا الخصوص إلى انه في عام 1907 عُقدت اتفاقية بين كوستاريكا والهندوراس والسلفادور ونيكاراغوا وغواتيمالا لإنشاء محكمة عدل تنظر في الدعاوى التي يرفعها رعاياهم ضد أي دولة من هذه الدول عن الأضرار التي تلحق بهم نتيجة مخالفة التزام دولي.

(2) - Jason Webb Yackee - ibid - p 1572.

2 - فكرة التفويض

تقـوم عـلى أسـاس إن الدولـة، مـن حيث المبـدأ، هي التـي تتولى حمايـة مصالح رعاياهـا في مواجهـة الـدول الأجنبيـة الأخـرى عـلى الصعيـد الـدولي، مـن خـلال مباشرة حقهـا في الحمايـة الدبلوماسـية، ولكـن يُمكن لهـذه الدولة أن تفوض الفـرد مباشرة هذا الحق.

ويُمكـن توجيـه ذات الانتقادات التي وُجهت للتفسـير السـابق، حيث انه يُفترض وجـود شـخصين قانونيـين هـما المُفـوِض والمنـدوب، ومـن ناحيـة أخـرى، يُمكن لـلأول " المُفـوِض " الـذي هـو صاحـب الشـأن وحده، أن يسـحب التفويض من الثـاني " المندوب " في أي وقـت ويقـوم بمباشرة الدعـوى بنفسـه أو حتـى الامتنـاع عـن مباشرتهـا أو الاسـتمرار فيهـا، وهـو يتناقـض مع وضـع محاكم التحكيـم المختلطة التـي كان بإمكانها العمـل ولـو خلافـاً لإرادة الـدول التـي ينتمـي إليهـا الفرد، كـما انه من غـير المنطقي أن يكـون صاحـب الشـأن الحقيقـي، وهـو الفرد، مجـرد مندوب.

3 - الاشتراط لمصلحة الغير

وهـذا يعنـي انـه في حالـة وجـود معاهـدة بـين دولتـين أو أكـثر، ورد فيهـا نـص يمنـح الفـرد حقـاً باللجـوء إلى التحكيـم، الـذي نظمتـه هـذه المعاهـدة، لأجـل تسـوية الخـلاف الـذي يثـور بينـه وبـين احـدى الـدول الأطـراف، فـأن الفـرد سـيكون في مركـز المسـتفيد مـن الاتفـاق، والدولـة الطرف الآخر في الخـلاف تكون في مركـز المتعهد، بينما تكـون دولـة الجنسـية للفـرد هي المُشـترِط.

وقـد انتُقِـدَ هـذا التفسـير ايضـاً مـن حيث عـدم اتفاقـه مـع الوضـع في القانون الـدولي، فموضـوع العقـود في القانـون الخـاص، هـي مصالح خاصـة، تقوم عـلى مبادئ معينـة مـن التـوازن والتكافـؤ في الاداءات المتقابلـة، وليـس لهذه المبادئ علـة وجود في نظـام المعاهـدات الدولية، التي هي عبارة عن سـبل تباشر بهـا الدول وظائفها وحقوقها

على الصعيد الدولي، بالإضافة إلى انه بموجب هذا التفسير يكون للمُشترِط في أي وقت أن يسحب اشتراطه وإحلال المتعهد من تعهده [1].

ونجد إن أياً من تلك التفسيرات لا يصل إلى بيان الطبيعة القانونية لحق المُستثمر الأجنبي في التقاضي أمام المحاكم الدولية في حال الإضرار باستثماره، ذلك إن هذا الحق يتلقاه المستثمر مباشرة من الاتفاقيات الدولية، ودون أن يكون لدولته بعد إبرامها الاتفاقية أي تدخل في ممارسته هذا الحق، فليس لها أن تجبره في إقامة الدعوى أو أن يتنازل عنها أو تحدد مقدار التعويض الذي يطلبه وغيرها من المسائل التي تعود لتقديره فيها.

إن ما للفرد اليوم من حقوق بموجب القانون الدولي، يتجاوز ما كان يتمتع به قبل خمسين عاماً [2]، كما انه أصبح يلتزم بالعديد من الالتزامات التي تقوم بشكل واضح على القانون الدولي، فأصبح يتلقى حقوقه وواجباته من هذا القانون بشكل مباشر.

وإذا اشترط القانون لغرض اعتبار أي كائن " شخصاً فاعلاً " في نظام قانوني بأنه ينبغي أن يمنحه هذا النظام أولا حقوقاً وواجبات محددة بوضوح، مع منحه أمكانية التحرك المباشر بواسطة إجراءات خاصة، من اجل احترام الممارسة الفعلية للحقوق التي يتمتع بها الفرد، وان " إمكانية التحرك " هي المعيار الحاسم للشخصية القانونية [3].

(1) لتفاصيل تلك التفسيرات يُنظر د.إبراهيم محمد العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي - مصدر سابق - ص 80 - 82.

(2) - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000 - المجلد الثاني - الجزء الأول - جون دوغارت (المقرر الخاص) - التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية - الدورة الثانية والخمسون - رقم الوثيقة A / CN.4 / 506 - الفقرة 23 - ص 268.

(3) - بيار ماري دوبوي - مصدر سابق - ص 236.

فـأن المسـتثمر الأجنبـي قد توافرت له بشـكل يتجـاوز غيره بكثير تلـك الإمكانية بالتحـرك المبـاشر عـن طريق اللجـوء المباشر إلى التحكيـم الدولي، وهو مـا يؤكد إن هذا الحـق هـو حـق شـخصي للمُسـتثمر يمكنـه أن يتلقـاه بأكثر مـن طريق، لا يكـون لدولة جنسـيته اثـر في إيجـاده، كأن يـرد في عقـد الاسـتثمار بـين المسـتثمر الأجنبـي والدولـة المضيفـة يتـم بموجبـه الاتفـاق عـلى أن يكون حسـم النزاع عـن طريق محكمـة تحكيم دوليـة [1]، أو أن يتلقـى ذلـك الحـق مـن خـلال القانـون الوطنـي للدولـة المضيفـة [2]، وبذلـك لاينحـصر إيجـاد هـذا الحـق عن طريـق الاتفاقيـات الدوليـة التي تكـون دولته طرفـاً فيها.

ويدعـم ذلـك مـا وجدنـاه مـن إن الاسـتثمار الأجنبي أصبـح مـن أدوات التنمية الدوليـة، ولابـد مـن تأمـين متطلبـات اسـتقرار وحمايـة حقـوق القائمـين بالاسـتثمار، ومـن المؤكـد إن مـن أهمهـا وضـع أداة فاعلـة في حسـم الخلافـات التي يمكن أن تنشـأ

(1) - قضية شركة (Alcoa minerals of Jamaica) ضد جامايكا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القضية رقم ARB / 74 / 2 بتاريخ 6 / تموز / 1975.

(2) - استند طلب التحكيم في قضية هضبة الأهرامات إلى المادة الثامنة من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 التي تنص " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المُستثمر في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر ودولة المُستثمر، أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية في الأحوال التي تسري فيها "، وقد دفعت مصر بعد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعدم وجود اتفاق مع المستثمر بذلك، وان القانون غير كاف لوحده لانعقاد الاختصاص للمركز، وان الإشارة إليه في القانون جاءت باعتباره احد البدائل الممكنة لحل النزاع، ولا يوجد ما يلزمها بتقديم المنازعة للمركز، رفضت محكمة التحكيم ذلك وبينت " إن قانون الاستثمار المصري يتضمن علاقة تدرجية بين وسائل تسوية منازعات الاستثمار وهي، الاتفاق بين الأطراف على الوسيلة التي يُمكن بها تسوية منازعات الاستثمار، أو تسوية تلك المنازعات طبقاً لقواعد اتفاقية ثنائية مبرمة بين مصر ودولة المُستثمر الأجنبي، أو طبقاً لاتفاقية المركز، وحيث انه لم يكن هناك اتفاق بين الحكومة المصرية والمستثمر الأجنبي على وسيلة لفض المنازعات بينهما، وانه في ظل غياب اتفاقية بين مصر ودولة المُستثمر، فأن نص القانون المذكور يُشكل قبولاً صريحا من جانب مصر باختصاص محكمة المركز وفقا للمادة 25 من اتفاقية المركز.

يُنظر عمر هاشم صدقة - مصدر سابق - ص 186 - 187.

بـين المسـتثمرين وبـين الـدول التـي يسـتثمرون فيها، لذلـك إن أهم جهة لتسـوية تلك المنازعـات، وهـي المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، إنمـا جـاء نتيجـة جهـود دوليـة آمنـت بعـدم إمكانيـة تحقيـق التنميـة مـا لم يتـم تأمـين محكمـة دوليـة تختص بنظـر منازعـات الاسـتثمار الأجنبي.

لذلـك يجـد بعـض الفقـه إن من حقـوق الفرد التـي يتلقاها من القانـون الدولي مبـاشرة أهليـة اللجـوء إلى المحاكـم الدوليـة للمطالبـة بإصـلاح أضراره [1]، وهـو ما يُعد تطـوراً في القانـون الـدولي التقليدي [2].

إن الممارسـة الدوليـة والتطـور الكبـير في منـح المسـتثمر الأجنبـي، الطبيعـي والمعنـوي، الحـق في التقـاضي أمـام محاكم التحكيـم الدولية، يؤكد وجـود تغير في مجال اعتبـاره شـخصاً مـن أشـخاص القانـون الـدولي، ونجـد إن الأهميـة في ذلـك لا تكمـن في مـدى اعتبـار المسـتثمر شـخصاً مـن أشـخاص القانـون الـدولي، وإنمـا تكمـن في مـا يوفـره القانـون الـدولي من آليـات إجرائيـة فعالة تُمكن المسـتثمر الأجنبي مـن المطالبة بحقوقـه تتجـاوز سـلبيات المطالبـة عـن طريـق دولتـه.

(1) - د. إبراهيم العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي - مصدر سابق - ص 70.

(2) - د. مدوس فلاح الرشيدي - ضرورة تطوير وتفعيل الاتفاقية الثنائية لعام 1989 بين دولة الكويت والولايات المتحدة الأمريكية بشأن الضمانات المتبادلة للاستثمار - مجلة الحقوق الكويتية - السنة الثالثة والعشرون - العدد الثالث - 1999 - ص 57.

المطلب الثاني

دور التحكيم الدولي في حماية الاستثمار الأجنبي

على الرغم من إن القضاء الوطني هو الجهة المُختصة أصلا بتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار، إذا لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، فأن هذا المبدأ قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تشكك في قدرة هذا القضاء على حسم منازعات عقود الاستثمار، حيث أصبحت هناك قناعة شبه عامة بأن التسوية القضائية ليست أفضل الوسائل لحسم منازعات عقود الاستثمار، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب من أهمها: -

الشك في حيدة القضاء الوطني حيال دعاوى قد تكون دولته طرفاً فيها في مواجهة طرف أجنبي، وذلك لأن قضاة الدولة مهما بلغت موضوعيتهم وحيدتهم فأنه لايمكنهم التخلص من وجهة نظر دولهم، وخاصة حينما يتعلق الأمر بالاقتصاد الوطني للدولة التي ينتمون إليها.

إن الإجراءات القضائية تتسم عموماً بكونها بطيئة، ويرجع ذلك في المقام الأول إلى إن محاكم الدولة مُثقلة بالعمل نتيجة تراكم القضايا المعروضة على القاضي، بالإضافة إلى تعدد درجات التقاضي، التي تُتيح للطرف الخاسر إمكانية طلب مراجعة وقائع القضية، وهو ما لايتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار التي تتطلب السرعة في حسم منازعاتها.

إن محاكـم الدولـة غالبـاً مـا تفتقـر إلى الخـبرة الفنيـة اللازمـة لحـل منازعـات الاسـتثمار الدوليـة المُعقـدة، حيـث لا تكـون هـذه المحاكـم متخصصـة في المواضيـع التجاريـة، كـما لا يتمتـع القضـاة دائمـاً بتدريب كاف على حسـم منازعـات ذات طبيعة فنيـة ومركبـة، مثـل عقـود اسـتغلال الـثروات الطبيعيـة ونقـل التكنولوجيـا [1].

إن أهميـة الاسـتثمارات الأجنبيـة ودورهـا في النمو الاقتصادي في الـدول النامية، جعـل هـذه الأخـيرة مضطـرة إلى طمأنـة المسـتثمرين الأجانـب بحمايـة اسـتثماراتهم بتنازلهـا عـن اختصـاص قضائها واللجـوء إلى التحكيم الـدولي لحل نزاعات الاسـتثمار لما يتمتـع بـه مـن مزايا تتمثـل في الاتي:

أ. سرعـة إجـراءات التحكيـم خصوصـاً وان محكمـة التحكيم تبت حـالاً في النزاع المعروض عليهـا دون غيره.

ب. تحديـد القانـون واجـب التطبيـق باختيـار الخصـوم للقواعـد القانونية التي تناسـب نزاعات الاسـتثمار.

ج. حياد هيئة التحكيم عادة بسبب الطريقة التي يتم بها اختيار المحكمين.

د. قطعية قرارات التحكيم وعدم القدرة على الطعن فيها.

هـ. اسـتقلال هيئـة التحكيـم عـن متطلبـات السـيادة الوطنيـة التـي يفرضهـا القضـاء الوطنـي[2].

(1) - د. بشار الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - مصدر سابق - ص 332 - 333.

(2) - د. زهير الحسني - النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار - بحث مقدم ضمن المؤتمر العلمي السنوي لقسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - 2014 - ص 4.

وبعد أن أدركت الدول المختلفة تلك المزايا للتحكيم الدولي، وجدت في اتفاقيات الاستثمار الثنائية مجالاً رحباً لتمكين المستثمرين الأجانب في عرض منازعاتهم مع الدولة المضيفة على محاكم أو هيئات تحكيم دولية (1)، سواء كانت تلك المحاكم تم إنشاؤها لتعمل بصفة دائمة ومتخصصة في هكذا نزاعات، مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أو مراكز التحكيم الدولية الأخرى التي يمكنها أن تنظر نزاعات من هذا النوع، أو إحالة النزاع إلى محكم أو لجنة تحكيم تشكل لغرض حسم نزاع معين وتنتهي بانتهائه.

ويضطلع التحكيم الدولي بعدة مهام لها أثرها الكبير في حماية الاستثمار الأجنبي ومنها:

1 - تفسير اتفاقية حماية الاستثمار الأجنبي:

حيث تحيل بعض اتفاقيات حماية الاستثمار الدولية أي خلاف يمكن أن ينشأ بشأن تفسير الاتفاقية إلى التحكيم لغرض التفسير (2)، ومن المؤكد إن تفسير المُحكمين يأخذ بنظر الاعتبار القواعد العامة في التفسير مع مراعاة خصوصية الاستثمار، وان يتم التفسير في ضوء الغرض من الاتفاقية التي تهدف بشكل أساسي إلى حماية الاستثمار الأجنبي، وهو ما يجعل تطبيق الاتفاقية، واستيفاء ما يترتب عليها من حقوق ومزايا أكثر سهولة وانسيابية، بعيداً عن التنازع والاختلاف الذي يؤثر سلباً في بيئة الاستثمار.

---

(1) - ماورد في المادة (التاسعة) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق والأردن الموقعة في 25 / 12 / 2013 والمصادق عليها بالقانون رقم (1) لسنة 2015 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4353 في 23 / 2 / 2015.

(2) - ماورد في المادة (16 / 2) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان لعام 2012 التي نصت (يمكن أن يحال أي نزاع بين الطرفين المتعاقدين بشأن تفسير أو تنفيذ هذه الاتفاقية، لم يتم تسويته على نحو مرض بالطرق الدبلوماسية على هيئة تحكيم)

2 - إعادة التوازن للمشروع الاستثماري:

يمثل التحكيم الوسيلة القانونية المثلى لإعادة التوازن الاقتصادي في المشروع الاستثماري بسبب تغير ظروف التعاقد تغيراً جوهرياً يجعل الاستمرار في شروط التعاقد والالتزام بها من احد الطرفين مرهقاً، مما يقضي مراجعة هذه الشروط كوسيلة لإعادة التوازن، وإذا تعذرت المراجعة فان التحكيم يبقى الملاذ الأخير لذلك، ولعل القوة القاهرة من أهم أسباب اللجوء إلى إعادة التوازن الاقتصادي للاستثمار لمصلحة المستثمر الأجنبي في الأعم الأغلب، وهي من أهم المشاكل التي تعترض الاستثمار [1].

- **تسوية المنازعات:**

وهو المهمة الأبرز للتحكيم والضمانة الأهم في حماية الاستثمار الأجنبي مما قد يلحقه من ضرر.

وأمام هذا الدور الكبير للتحكيم وما يتميز به من مزايا، نجد بأنه بات من المألوف أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار الدولية ما اصطلح على تسميته ببند " المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " وهو يسمح للمستثمرين بمراجعة المركز الدولي بسبب الخرق الذي ترتكبه الدولة المضيفة للالتزامات التي التزمت بها.

وبذلك فأن الاتفاقيات الدولية قد كفلت قدراً من لجوء المستثمرين إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، وهو الأمر الذي لا يحتاج بالضرورة إلى وجود شرط التحكيم أو اتفاق تحكيم قبل اللجوء اليه، بل إن التزام الدولة المتعاقدة وانضمامها إلى هذه المعاهدات وتصديقها عليها يجعلها قد قبلت ضمناً الاختصاص التحكيمي[2]، وهو ماتم الاستناد اليه في العديد من القضايا ومنها قضية (AAPL) ضد سريلانكا[3].

(1) - د. زهير الحسني - مصدر سابق - ص 3.

(2) - د. محمد عبد المجيد إسماعيل - عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة الطبع 2003 - ص 354.

(3) - قضية (AAPL) ضد سريلانكا - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 3 / 87 / ARB - بتاريخ 27 / حزيران / 1990.

المطلب الثالث

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تـم إفـراد المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار دون غـيره مـن هيئـات التحكيـم الدوليـة نظـراً لمـا يتمتع به مـن أهمية ومكانة في تسـوية منازعات الاسـتثمار الـدولي، لـذا سـنبين نشـأة المركـز وأهميتـه ثـم بيـان اختصاصـه وفاعليتـه في حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي.

أولا: نشأة المركز وأهميته في حماية الاستثمار الأجنبي

تُعـد اتفاقيـة إنشـاء المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار أول اتفاقيـة متعـددة الأطـراف تنجـح في جمـع الـدول المصدرة والمسـتوردة لـرأس المال عـلى قواعد موحـدة لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، وذلـك بإتبـاع أسـلوب التوفيـق والتحكيـم [1]، يتمتـع المركـز الـدولي بالشـخصية القانونيـة الدوليـة باعتبـاره منظمـة دوليـة [2].

تهـدف اتفاقيـة إنشـاء المركـز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار إلى بـث الثقة والطمأنينـة في نفـوس أصحـاب رؤوس الأمـوال في الـدول المتقدمـة والذيـن يسـعون دائمـا إلى حمايـة أموالهـم واسـتثماراتهم مـن إجراءات قـد تتخذها الحكومـات في بعض الدول [3].

(1) - عمر هاشم محمد صدقة - مصدر سابق - ص 170

(2) - المادة (18) من اتفاقية إنشاء المركز.

(3) - د خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دار الشروق - الطبعة الأولى - سنة الطبع 2002 - ص 138.

حيث منحت تلك الاتفاقية ضمانة كبيرة للمستثمرين الأجانب بأن أموالهم لن تضيع سدى في حال تعرضها لأي مخاطر سياسية، أو أي إجراءات تتخذها الدولة ضدهم، وذلك عن طريق إيكال مهمة الفصل في أي نزاع ناشئ عن الاستثمار إلى المركز، وإبعاده عن ساحة القضاء الوطني، كونه يميل لتغليب مصلحة الدولة، من وجهة نظر المستثمر الأجنبي المشكك دوماً في مصداقية قضاء الدولة، وقد أتت هذه الاتفاقية أساسا لتحقيق نوع من كسب ثقة التجارة الدولية في بلدان العالم الثالث بعلاقاتها الخاصة مع البلدان الصناعية، وبجهد وتنظيم من البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وتأخذ هذه الاتفاقية بعين النظر متطلبات التعاون الدولي لتحقيق التنمية الاقتصادية، وما تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة من دور في هذا النطاق، سواء مابين الدول الصناعية نفسها، أو ما بينها وبين دول العالم الثالث، والتي تشدد على أهمية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات [1].

وتتضح أهمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في العدد الكبير من القضايا التي نظرها والمقامة أمامه، حيث شهد العقدان الماضيان ارتفاعاً في عدد الدعاوى المنظورة من قبله فقد بلغ معدل الدعاوى أكثر من (40) دعوى سنوياً ومجموع الدعاوى المتراكمة، التي ينظرها المركز، ما يقارب (317) دعوى[2]، بينما كان المعدل السنوي للقضايا المنظورة من قبل المركز في الثلاثين سنة الأولى من إنشائه لم يتجاوز القضية الواحدة أو القضيتين، وهذا العدد الكبير من دعاوى التحكيم يشير إلى الثقة الكبيرة بموضوعية المركز ودوره في حسم النزاعات بما يخدم حماية الاستثمارات وحقوق المستثمرين، وقد تعزز هذا العدد الكبير من قضايا التحكيم بين المستثمرين والدول نتيجة الزيادة الكبيرة في عدد اتفاقيات الاستثمار الثنائية في الفترة نفسها.

---

(1) - د. عبد الله عبد الكريم عبد الله - مصدر سابق - ص 111.

(2) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) - التطورات الأخيرة لتسوية منازعات الاستثمار - 2009 - ص 2.

ويمكـن اعتبـار الارتفـاع في عـدد منازعـات الاسـتثمار الناشـئة عـن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة تعبـيراً عـن سـيادة القانـون، وبالتـالي مـؤشراً عـلى إن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة تسـاهم في تهيئـة منـاخ مـؤات للاسـتثمار في البلـدان المضيفـة، وقد سـاعدت الأحـكام الصـادرة في قضايـا التحكيـم بـين المسـتثمرين والـدول، في كثـير مـن الأحيـان، في توضيـح معنـى أحـكام تعاهديـة معينـة بعينها، عـلى نحو زاد من شـفافية نظـام اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة مـن خـلال إرسـاء مجموعـة كبـيرة مـن السـوابق القضائيـة [1].

وتتضـح تلـك الأهميـة بشـكل اكـبر إذا مـا عقدنـا مقارنـة مـع غيره مـن هيئات التحكيـم الدوليـة، فنجـد إن عـدد النزاعـات المتعلقـة بالاسـتثمار الأجنبـي التـي قامت عـلى أسـاس اتفاقيات الاسـتثمار الدولية لغايـة عام 2008 كانـت (317) نزاعاً، تم عرض (202) منهـا عـلى المركـز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار، وتم عـرض (83) للتحكيم الحـر بموجـب قواعـد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسـترال)، ونظـرت غرفـة التحكيـم التجاريـة في سـتوكهولم (17) قضيـة، وغرفـة التحكيـم الدوليـة في باريـس (5) قضايـا، امـا مركـز القاهـرة فنظـر قضيـة واحـدة، وتفرقت بقيـة القضايا عـلى هيئـات تحكيميـة أخـرى [2]، وهـو مايؤكـد بشـكل واضـح أهمية المركز في تسـوية منازعات الاسـتثمار.

(1) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) - وضع قواعد الاستثمار الدولي - سلسلة الاونكتاد بشأن سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية - 2008 - ص 26.

(2) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الاونكتاد) - سلسلة سياسات الاستثمار الدولية لإغراض التنمية - حصر المنجزات والتحديات القائمة والطريق إلى الأمام - 2009.

ثانياً: اختصاص المركز وفاعلية أحكامه في حماية الاستثمار الأجنبي

إن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ليس اختصاصاً جبرياً، وإنما هو اختصاص اختياري، وهذا الاختصاص يمكن أن ينعقد للمركز من خلال عدة صور يمكن أن تعبر عن الرضا باختصاص المركز.

ولايمكن اعتبار تصديق الدولة على اتفاقية إنشاء المركز قبولها المطلق لاختصاص المركز في نظر أي منازعة تكون طرفاً فيها، وإنما يعني ذلك الموافقة المبدئية على الاستفادة مما يقدمه المركز من تسهيلات في هذا الصدد، ولا يمكن للمركز أن ينظر أي منازعة إلا بعد حصول موافقة صريحة من الدولة بذلك، أي إن اختصاص المركز في نظر المنازعة يكون مرهوناً بإرادة الدولة بما فيها الدول الأعضاء في المركز، وعليه يجب أن تكون هناك موافقة مسبقة للدولة بصدد كل منازعة قبل نظرها من قبل المركز.

ويمكن للدول إعلام المركز سواء عند التصديق على الاتفاقية أو في تاريخ لاحق عن المنازعات التي لا ترغب في إخضاعها لاختصاص المركز [1].

وبشأن فاعلية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فأن مجرد اتفاق الأطراف على اختصاص المركز في نظر المنازعة، لا يجوز بعدها لأي منهم أن يلغي هذا الاتفاق بصورة انفرادية، وهو ما أكدته هيئة التحكيم في قضية (هضبة الأهرامات) بأن " ليس لتمسك الحكومة المصرية بالحصانة القضائية أمام المركز، بعد قبولها شرط التحكيم، أي قيمة، لأن قبول الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية للتحكيم الذي قبلته " [2].

---

(1) - استبعدت المملكة العربية السعودية منازعات الاستثمار المتعلقة بالنفط والتي تخص أعمال السيادة، واستبعدت غينيا وجامايكا المتعلقة بالمعادن والمصادر الطبيعة الأخرى من اختصاص المركز، انظر إبراهيم شحاتة - دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية - مصدر سابق - ص 8.

(2) - قضية (هضبة الأهرام) ضد جمهورية مصر العربية - التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - القضية رقم 3 / 84 / ARB بتاريخ 20 / ايار / 1992.

وهـو مـا سـبق ان ذهب إليـه المُحكم في قضيـة (Liamco) بـأن " الدولة يُمكنها دائمـاً أن تتنـازل عـن حقوقهـا السـيادية بتوقيعها على اتفـاق التحكيم " [1].

وهـو مـا يُعـد تطبيقـاً لصريـح المـادة (26) مـن اتفاقيـة إنشـاء المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار التي تنـص (يعتبر موافقـة الأطراف عـلى التحكيم بموجب هـذه الاتفاقيـة، إلا إذا ورد بخـلاف ذلـك، موافقـة عـلى هـذا التحكيـم وإقصـاء أي حل آخر).

كـما يزيـد مـن فاعليتـه انفـراده بالاختصـاص في القضايـا المقدمـة لـه، فطبقـاً للـمادة (26) مـن الاتفاقيـة، يعتـبر قبول الأطـراف للتحكيم أمـام المركز اسـتبعاداً منهم لأيـة وسـيلة أخـرى، مـا لم يتفقـوا عـلى غـير ذلك، ولهـذه القاعـدة نتائـج عديـدة، منها إن إجـراءات المركـز تعتـبر بمعـزل في كل الـدول الأطراف مـن أي تدخل قضـائي أو رقابة قضائيـة، وهـذا المبـدأ اقـره القضـاء الفرنـسي، اذ قضـت محكمـة اسـتئناف (ريـن) في قضيـة جمهوريـة غينيـا ضـد ترايتـون الأطلنطـي، بإبطـال أمـر صـادر عـن محكمة أدنى بالحجـز عـلى سـفينة غينيـة في مينـاء فرنـسي بينـما كان موضـوع النـزاع بـين الشركـة الحاجـزة وحكومـة غينيـا، محـل نظر محكمـة تحكيم تابعـة للمركز، وأسسـت محكمة الاسـتئناف حكمهـا عـلى إن لمحكمـة التحكيـم اختصاصاً عامـاً يَجبُّ اختصـاص المحاكم الفرنسـية، ليـس فقط في موضـوع النزاع بل كذلك في كل الإجـراءات التحفظية المتعلقة به [2].

---

(1) - قضية (Libyan American Oil Company LIAMCO) ضد ليبيا التي نظرها المحكم المنفرد صبحي محمصاني - وصدر الحكم فيها بتاريخ 12 / نيسان / 1977.

(2) - د.هشام خالد - الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام قضاء الدولة وقضاء التحكيم - منشورات منشأة المعارف بالإسكندرية - 2008 - ص 120.

كذلـك تضمـن الاتفاقيـة فاعليـة قـرارات التحكيـم، فتقـضي المـادة (53 / 1) بأن القـرارات تكـون ملزمـة للأطـراف في المنازعـة، أمـا المـادة (54 / 2) فتقضي بـأن من حق كل طـرف أن يحصـل عـلى اعـتراف بالقـرار، وذلـك بـأن يقدم صـورة مصدقـاً عليها منه إلى المحكمـة المختصـة أو الجهـة الأخـرى المعينـة لهـذا الغـرض في كل دولـة عضو، ومن شـأن هـذا الإجراء الميسر القضاء على مشـكلة الاعـتراف بقرارات التحكيـم الأجنبية، ولا تجيـز الاتفاقيـة أي اسـتثناء بشـأن إلزاميـة قراراته، وتقـصر دور محاكم الـدول الأعضاء عـلى المسـاعدة في الاعتراف بهـذه القرارات.

وبمجـرد الاعـتراف بقـرار تحكيـم صـادر عن المركـز تصبح لـه القوة نفسـها التي لحكـم نهـائي صـادر عـن محكمـة وطنيـة في دولـة عضـو، فـأذا كان القـرار صـادراً ضـد مسـتثمر يمكـن تنفيـذه جـبراً، وأن كانـت الحاجـة لم تسـتدع ذلـك في الواقـع، واذا كان القـرار صـادراً ضـد دولة ذات سـيادة، فـان الاتفاقية لا تمـس قواعد الإعفاء مـن التنفيذ الجـبري عـلى الحكومـة، وتبعاً لذلك يمكن مـن الناحية النظرية، أن يعجز المسـتثمر عن تنفيـذ قـرار تحكيـم ضـد دولة في إقليمهـا أو في إقليم دولـة أخرى تعطيهـا حصانة ضد تنفيـذ الأحـكام القضائيـة، وبالرغـم مـن ذلـك، لم يحـدث عمليـاً أن أثارت دولة مسـألة الحصانـة ضـد تنفيـذ قـرار تحكيـم للمركـز، بـل ولا يُنتظـر أن تُثـير دولـة هذه المسـألة في المسـتقبل، فتمسـك الدولـة بالحصانـة في هـذه الحالـة يتنـافى مع التزامهـا كطرف في الاتفاقيـة باحـترام قـرارات التحكيـم الصـادرة عـن المركـز، ويجعـل مـن الممكـن توقيع جـزاءات عـلى الدولـة نتيجـة إخلالهـا بالالتزامات المنصـوص عليها في الاتفاقيـة، والاهم مـن ذلـك فـأن امتنـاع الدولـة عن احـترام قـرار التحكيم، سـوف يحرمها مـن المصداقية اللازمـة في المعامـلات الدوليـة وهـو خطـر لا تملـك دولـة أن تتجاهله [1].

---

(1) - إبراهيم شحاتة - دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية - مصدر سابق - ص 10 - 12.

وبشـأن حجيـة الأحـكام التـي تصـدر عـن المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، تنـص اتفاقيـة إنشـاء المركـز عـلى ان " يكـون الحكـم ملزمـا للأطـراف ولا يخضـع لأي التـماس أو أي معالجـة أخـرى، عـدا تلـك المشروطـة في هذا الاتفـاق، وعلى كل طـرف الالتـزام وتطبيـق بنـود الحكـم إلى درجة يكـون وضع الحكم موضـع التنفيذ ثابتـاً بمـا ينسـجم والمبـادئ ذات العلاقـة بهـذه الاتفاقيـة " [1].

(1) - المادة (53 / 1) من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي صادق عليها العراق بالقانون رقم (64) لسنة 2012 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4283 في 29 / 7 / 2013.

المطلب الرابع

تقييم التحكيم الدولي في حماية الاستثمار الأجنبي

إن المزايا الكثيرة التي يتمتع بها التحكيم الدولي والتي اشرنا إليها، تجعله يحظى بمكانة متميزة بين سبل تسوية المنازعات الاستثمارية، ولسنا بصدد تقييم التحكيم الدولي بحد ذاته، فأنه قد أصبح معروفاً بمزاياه على كافة المستويات، إنما نحاول التركيز في تقييم التحكيم الدولي في مجال حماية الاستثمار الأجنبي، ونجد إن أفضل بيان لتلك المزايا هو مقارنته بما سبق ان بيناه من عيوب ارتبطت بآلية حماية الاستثمار الأجنبي عن طريق الحماية الدبلوماسية، ونبين الحدود التي تجاوز فيها التحكيم الدولي تلك العيوب:

1 - السلطة التقديرية في المطالبة:

إن الإمكانية التي توافرت للمستثمر الأجنبي من إقامة الدعوى بشكل مباشر أمام محاكم التحكيم للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به، وتحقق إمكانية مخاصمة الدولة المضيفة دون تدخل من الآخرين، كل ذلك جعل المستثمر الأجنبي هو المتحكم في دعواه، فله أن يقدم ما يشاء من طلبات ودفوع، وأن يحدد مقدار التعويض الذي يطلبه، وله أن يقبل التسوية الودية أو التنازل عن الدعوى، كل ذلك في حدود مصلحته، ووفقاً للأصول التي يسمح بها القانون الدولي، دون أن يكون لدولته أي سلطة عليه في ذلك.

2 - سهولة اللجوء إلى التحكيم

وخاصة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، اذ أصبح المستثمرون الأجانب يعتمدون كثيرا على " الادعاء التعاهدي "، حيث إن (25) قضية من أصل (26) قُدمت أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في عام 2005، كانت قائمة على أساس حجج انتهاك معاهدة، وهو ما يؤكد كونه التذرع الأكثر تواتراً كأساس لصلاحية المحكمة، ورغم الدفوعات التي تقدمت بها الدول بشأن وجود بند في العقود يشير إلى صلاحية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات الناشئة عنه، فأن محاكم التحكيم لم تعتبر ذلك عقبة في طريق صلاحيتها النظر فيها، واعتبرت إن تلك الدفوع غير صحيحة لأنها تخلط بين نظامين قانونيين متميزين هما النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي [1].

3 - تجاوز بعض مشاكل الجنسية:

حيث ان من بين أكثر المشاكل ظهوراً عند ممارسة الحماية الدبلوماسية هو إثبات وجود رابطة حقيقية بين المستثمر المتضرر وبين الدولة التي تسعى لحمايته دبلوماسياً، واثبات هذه الرابطة بحد ذاته يعُد تعقيداً إضافياً في طريق استحصال المستثمر المتضرر لحقوقه، ومن الممكن أن يترتب على اختلاف المعايير التي تأخذ فيها الدول لاعتبار الشخص المعنوي حاملاً لجنسيتها حالات انعدام الجنسية لغرض الحماية، إن تلك المشاكل في أبعاد كثيرة منها تكون بسبب إن الدولة التي تريد ممارسة الحماية الدبلوماسية عليها أن تمارسها لمصلحة مواطنيها، فلا يظهر المستثمر الأجنبي في المطالبة الدبلوماسية إلا من خلال دولته، بينما ذلك الظهور للمستثمر الأجنبي في المطالبة عن طريق التحكيم الدولي لا يستوجب ذلك الظهور من الدولة.

(1) - بيار ماري دوبوي. المصدر سابق. ص 777.

4 - تجاوز شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو التقليل من سلبياته:

تشـترط بعـض الاتفاقيـات الثنائيـة الدوليـة، لاسـيما التـي أبرمت منهـا في فترات سـابقة، أن يتـم اللجـوء أولا إلى اسـتنفاد وسـائل الانتصـاف المحليـة قبـل اللجـوء إلى التحكيـم [1]، وهـذا الـشرط جـاء متفقـاً مـع قواعـد القانـون الـدولي العرفي التـي تعقد الاختصـاص للقضـاء الوطنـي بالفصـل في هـذه المنازعـات بوصفـه صاحـب الاختصـاص الأصيـل،، كـما انـه جـاء منسـجماً مـع مبـادئ النظـام الـدولي الجديـد الـذي تطالب به الـدول الناميـة بهدف إعـادة العدالة للنظـام القانوني الذي يحكم العلاقـات الاقتصادية الدولية.

إلا إن مسـاوئ هـذا الـشرط على حماية الاسـتثمار تبـدو كبيرة، فهـي أولا تكلف نفقـات ووقتـاً إضافيـاً يتحمله المسـتثمر، وان الأحـكام التي تصدر عـن المحاكم المحلية ربمـا تفاقـم المشـكلة إذا أصـدرت قـرارا يمس بمصلحـة المسـتثمر متضمنـاً إجحافا بحقه يصـل إلى حـد إنـكار العدالـة، فـأن مـن الصعـب ثنـي الدولـة المضيفـة بعـد ذلـك عـن التوصـل إلى حـل توفيقـي أو القبـول بقـرارات محاكـم التحكيم [2].

وقـد حاولـت بعـض الاتفاقيـات الثنائية التقليـل من الآثار السـلبية لهذا الشرط، وذلـك بتحديـد فـترة معينـة يتم خلالهـا اللجـوء إلى المحاكم المحلية لحسـم النـزاع قبل اللجـوء إلى التحكيـم، وغالبـا مـا تحـدد تلـك الفـترة بثمانيـة عشر شـهراً، ويتـم الذهاب

(1) - منها ماورد في المادة (7) من اتفاقية التشجيع والضمان المتبادل للاستثمارات بين رومانيا وسريلانكا الموقع بتاريخ 9 / شباط / 1981 التي نصت على " يجب على كل طرف متعاقد بموجب هذه الوثيقة استنفاد سبل الانتصاف الإدارية أو القضائية المحلية كشرط للموافقة على اللجوء للتوفيق أو التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "

(2) - Christoph Schreuer - Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law - Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation - papers to The Fordham - 2011 - p74

إلى التحكيـم الـدولي في حـال لم يتـم تسـوية النزاع خلالها أو اسـتمر النـزاع بعد إصدار المحاكـم الداخليـة حكمهـا، وفي الغالـب لا تتـم حسـم النزاعـات وخاصة منهـا المعقدة خـلال هـذه المـدة، أو أن الحسـم المحـلي لا يكون مقبولاً للمسـتثمر، وعليـه فان إحدى محاكـم التحكيـم قـد اعتـبرت إن هذا الـشرط لا معنى مقبـولاً له في الوقـت الحاضر[1].

ومـما تجـب الإشـارة إليـه أنـه قبـل إنشـاء المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار كانـت الـدول الغربية، التي تسـاهم بدرجة ملحوظة في خلـق القانون الدولي العـام العـرفي والاتفاقـي، تذهـب إلى إن التحكيـم هـو الوسـيلة الوحيـدة التـي يجـب اللجـوء إليهـا، إذا ورد في العقـد، وان ذلـك يُغنـي عـن اللجـوء إلى اسـتنفاد الوسـائل الداخليـة، بينـما تذهـب دول أخـرى إلى إن طلب التحكيم لا ينطـوي إطلاقا على إهدار شرط اسـتنفاد الوسـائل الداخليـة ولا يُفرغـه مـن مضمونـه [2].

وبعـد إنشـاء المركـز فقـد نصـت اتفاقيـة إنشـائه نصاً صريحـاً يعالـج الموضوع، حيـث اعتـبرت موافقـة الأطـراف عـلى التحكيـم في ظـل هـذه الاتفاقيـة، موافقـة عـلى اسـتبعاد أي وسـيلة أخـرى، مـالم ينـص عـلى خـلاف ذلـك، ويجـوز لأي طـرف متعاقـد المطالبـة باسـتنفاد كافـة سـبل التسـوية القانونيـة القضائيـة والإداريـة المحليـة [3].

(1) - انظر الفقرة (224) من قضية شركة (Plama Consortium Limited) ضد بلغاريا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) - القضية رقم ARB / 03 / 24 في 8 / شباط / 2005.

(2) - د. هشام خالد - الدفع بالإحالة - مصدر سابق - ص 154.

(3) - المادة (26) من الاتفاقية.

ويتضح من هذه المادة بأنه عندما يتفق المستثمر مع الدولة على اللجوء إلى التحكيم، ولم يتحفظوا في مثل هذا الاتفاق على حقهم في اللجوء إلى أي وسيلة أخرى، أو يشترطوا وجوب استنفاد الوسائل الداخلية [1]، فأن نية الأطراف تُفيد هنا بوجوب اللجوء إلى التحكيم مباشرة مُستبعدين أية وسيلة أخرى[2].

5 - إن التحكيم يتجاوز السلبيات المتعلقة بتدخل الدول القوية في شؤون الدول الضعيفة:

بحجة حماية حقوق مواطنيها، كما انه من جهة أخرى يؤدي إلى الحد من المطالبات بين الدول، حيث يظهر المستثمر المتضرر تجاه الدولة المضيفة التي ألحقت الضرر به بصفته الشخصية.

6 - إن التحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يوفر ضمانات كافية لتنفيذ الحكم:

إذا ما صدر لمصلحة المستثمر المتضرر، حيث إن اتفاقية إنشاء المركز تضمنت بشكل مفصل آليات تنفيذ الأحكام التي تصدر عن المحكمين.

7 - يرافق التحكيم حماية الاستثمار الأجنبي في مراحل متعددة من حياة المشروع الاستثماري:

فمن الممكن أن يتم اللجوء إليه لتفسير الاتفاقية بين دولة المستثمر والدولة المضيفة التي تمثل الإطار العام لحماية الاستثمار الأجنبي، ومن الممكن اللجوء إليه في تفسير بنود العقد عند الاختلاف، وعند حصول النزاع أو إلحاق الضرر بالمستثمر يكون التحكيم هو الفيصل في تسوية المنازعة.

(1) - يُمكن أن تُعبر الدولة المضيفة للاستثمار في الاحتفاظ بحقها بوجوب استنفاد المستثمر الأجنبي لسبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء إلى التحكيم بعدة طرق، كأن توردة في اتفاقية الاستثمار الثنائية مع الدولة الأخرى، أو في عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي أو في اتفاق التحكيم.

(2) - د. هشام خالد - الدفع بالإحالة - المصدر السابق - ص 156.

ورغـم إن اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة تمـت صياغتهـا لمعالجـة أوجـه القصـور في النظـم القانونيـة المحليـة، ولتعزيـز سـيادة القانـون، مـن خـلال اللجـوء إلى القضـاء الـدولي، فـان آليـات التحكيـم يشـوبها الشـك في حيدتهـا، وذلـك لتأثرها بالجهـات التي تمـارس نفوذهـا في صناعـة التحكيـم، وكذلـك لتأثرها بهيمنـة الدول التي لهـا نفوذ على قـرارات سـلطات التعيـين الرئيسـة في الهيئـات الدولية[1].

وهنـاك إشـكاليات أخـرى تتعلـق بألاحـكام الصـادرة عـن المركز الدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار وخصوصـاً منهـا الأحـكام الصـادرة ضـد دول أمريـكا اللاتينيـة، فهـذه الـدول التـي كانـت تؤمـن بمذهـب كالفـو في علاقاتهـا الاقتصاديـة مـع الـدول الأخـرى، نجدهـا بعـد موجـة التحـرر الاقتصـادي التـي سـادت العـالم وبلغـت ذروتهـا في التسـعينات مـن القـرن المـاضي، قـد تخلـت عنـه وتعـزز ذلـك، مـن خـلال العديـد الكبـير مـن معاهـدات الاسـتثمار الثنائيـة التـي كانت هـذه الـدول طرفاً فيهـا [2]، فبعد أن كانـت تلـك الـدول تتجنـب الدخـول طرفـاً في ذلـك النـوع مـن الاتفاقيـات، نجدهـا انفتحـت وبسرعـة كبـيرة عليـه، ومـن جهـة أخـرى انضمـت هـذه الـدول إلى مجموعة كبـيرة مـن الاتفاقيـات الجماعية، مثـل انضمامها إلى اتفاقية تسـوية منازعات الاسـتثمار بـين الـدول ومواطنـي الدول الأخرى ICSID، واتفاقية إنشـاء وكالة ضمان الاسـتثمارات المتعـددة الأطـراف MIGA Convention، واتفاقيـة نيويـورك للاعـتراف بقـرارات التحكيـم الأجنبيـة وغيرهـا.

---

(1) - Gus Van Harten - Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion - Trade, Law and Development - Vol.II - No.1 - Spring, 2010 - p 58.

(2) - يُشير التقرير الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD بشأن اتفاقيات الاستثمار الثنائية للفترة من (1959 - 1999) إلى إن تلك الدول لم تدخل في اتفاقيات استثمار ثنائية حتى أواخر الثمانيات من القرن الماضي، ولكنها في التسعينات منه أبرمت ما يبلغ أكثر من 300 اتفاقية استثمار ثنائية.

كما إن قوانين هذه الدول وتشريعاتها أصبحت أكثر استجابة لقبول المعايير الدولية واليات تسوية المنازعات من اجل تعزيز حماية الاستثمار الأجنبي [1].

ولكن يبدو إن هذا الانفتاح الكبير على إبرام إلى المعاهدات الثنائية الدولية والانضمام إلى الاتفاقيات الجماعية التي تخص الاستثمار، وخصوصاً تلك المتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد انعكست سلباً على هذه الدول، وذلك بسبب كثرة الدعاوى التي أقيمت ضد هذه الدول، حيث إن ما يقارب أكثر من 60% من مجموع الدعاوى المقامة أمام هذا المركز كانت ضدها [2]، وكانت أغلبية الأحكام الصادرة عن المركز في تلك القضايا بجانب المستثمرين، حتى إن العديد من دول أمريكا اللاتينية قدمت طلبات للانسحاب من اتفاقية المركز.

كما أعربت دول أخرى عن قلقها إزاء النظام المعمول به حاليا لتسوية المنازعات بين المستثمر والدولة، فمثلا أعلنت أستراليا أنها ستكف عن إدراج مواد خاصة بالمنازعات بين المستثمر والدولة في اتفاقيات الاستثمار الدولية التي ستبرمها في المستقبل، ويجسد هذا القلق أوجه قصور في هذا النظام، من جملة أمور أخرى، مثل التفسيرات المستفيضة أو المتناقضة لأحكام رئيسة في اتفاقيات الاستثمار الدولية من قبل محاكم التحكيم، والتنفيذ غير المناسب وإجراءات إبطال ألأحكام، ومخاوف إزاء مؤهلات المحكمين، وعدم الشفافية، والتكاليف الباهظة للتقاضي[3].

(1) - Wenhua Shan - Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law - Northwestern Journal of International Law & Business - volume 27 - issue 3 - 2007 - p634.

(2) - ففي الفترة مابين الأعوام 2002 - 2005 تم إقامة 42 دعوى ضد الأرجنتين وهو ما يمثل 20% من مجموع القضايا في المركز، و17 دعوى ضد المكسيك.

(3) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) لعام 2012 - نحو جيل جديد من سياسات الاستثمار - ص23

وبنـاء عـلى أوجـه القصـور المتصـورة في نظـام تسـوية المنازعـات بـين المسـتثمر والدولـة، ظهـر الآن عـدد مـن المقترحـات لإصلاحـه، وتهدف هـذه المقترحـات إلى وقف العـدد المتزايـد للدعـاوى القضائيـة في هـذا المجال، وتعزيـز الشرعيـة وزيـادة شـفافية إجـراءات تسـوية المنازعـات، ومعالجة القراءة غير المتسـقة لأحكام رئيسـة في اتفاقيات الاسـتثمار الدولية، والتفسـير الرديء للمعاهدة، وتحسـين نزاهـة المحكمين ومؤهلاتهم، وتقليـل الفـترة الزمنيـة لإجـراءات التقـاضي وتكاليفهـا، ومسـاعدة البلـدان الناميـة عـلى التعامـل مـع قضايـا تسـوية المنازعـات، وتهدئـة كل أوجـه القلـق إزاء عمـل هـذا النظام [1].

(1) - تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) لعام 2012 - المصدر السابق - ص23

المبحث الثالث

وكالات ضمان الاستثمار الدولية

إن فكـرة الضمانـات المالية عرفتهـا الـدول الأوربيـة منـذ القـرن التاسـع عـشر مـن خـلال مـا أبرمتـه مـن اتفاقيات فيـما بينهـا لضمان قـروض رعاياهـا في الخـارج [1]، وكان ذلـك يتـم بموجـب اتفاقيـات ثنائيـة بـين الدولة المُصـدرة لرؤوس الأمـوال والدولة المسـتقبلة لهـا، وهو مايُشـير إلى إن فكرة الضمان الدولي ترجـع في أصولها إلى الضمانات الحكوميـة التـي ارتبطـت بالقـروض الدولية.

وقـد كان للولايـات المتحـدة السـبق في تطبيق نظام ضمانات الاسـتثمار الخاصة في الخـارج، حيـث أصبـح هـذا النظـام ومـا يرتبـط بـه مـن اتفاقيـات بـين الحكومـة الأمريكيـة والـدول المسـتضيفة للاسـتثمارات الأمريكيـة عامـلاً إضافيـاً في مسـاعدة رأس المـال الخـاص في الخـارج وحمايتـه مـن العديـد مـن المخاطـر وفي مقدمتهـا السياسـية، وذلـك مـن خـلال حلـول الولايـات المتحـدة الأمريكيـة محـل المسـتثمر الـذي يصيبـه الـضرر عنـد تحقـق الخطـر [2].

إن فكـرة ضـمان الاسـتثمار بصيغتهـا الأولى في تلـك الفـترة كانـت تتـم من خلال الدولـة التـي ينتمـي إليهـا المُسـتثمر الأجنبـي، وبذلـك فهـي تقـترب مـن هـذه الناحية مـن الحمايـة الدبلوماسـية، فـلا يظهـر المسـتثمر الأجنبي المتـضرر في علاقـة مباشرة مع الدولـة المضيفـة عنـد حصـول الإضرار بـه، وإنمـا تظهر علاقتـه بها من خـلال دولته التي تحـل محلـه في المطالبة.

(1) - د. إبراهيم شحاته - الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية - دار النهضة العربية - سنة الطبع 1971 - ص 18.

(2) - رواء يونس محمود النجار - مصدر سابق - ص 281.

أمـا الضـمان الـذي نبحثـه، فهـو يتـم مـن خـلال وكالات دوليـة متخصصـة، يتم إنشـاؤها بموجـب اتفاقيـة متعـددة الأطـراف، ينشـأ عنها شـخصية قانونية هـي الوكالة التـي تمـارس مهامهـا وفقـاً لمـا ورد في الاتفاقيـة، ويُعـرف الضـمان في هـذا الإطـار بأنـه (تعهـد مـن جانـب الهيئـة الضامنـة بـأن تتحمل عـن المسـتثمر المتعاقد معها الخسـائر الناجمـة عـن نـوع محـدد أو كل المخاطـر التـي قـد تتعـرض لهـا اسـتثماراته في الخارج تشـجيعاً لـه عـلى القيام بهـذا الاسـتثمار) [1].

وتعتـبر وكالات الضـمان الدوليـة في الوقـت الحـاضر مـن بين الوسـائل القانونية لحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، وسـنقتصر في دراسـتنا عـلى نموذجـين لـوكالات الضـمان الدوليـة وهـما الوكالـة الدوليـة لضمان الاسـتثمار والمؤسسـة العربية لضمان الاسـتثمار، وهـو مـا سـنبينه في مطلبين:

- المطلب الأول: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
- المطلب الثاني: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

(1) - د. إبراهيم شحاته - الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية - منشورات دار النهضة العربية - سنة الطبع 1971 - ص 52.

المطلب الأول

الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

عُرضت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على الدول للتوقيع عليها في تشرين الأول / 1985 ودخلت حيز النفاذ في 12 / نيسان / 1988 (1).

وقد جاء في ديباجة اتفاقية إنشاء الوكالة " إن الدول المتعاقدة، اعتباراً منها للحاجة إلى تعضيد التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ودعم مساهمة الاستثمار الأجنبي، وعلى وجه الخصوص الاستثمارات الأجنبية الخاصة، في تلك التنمية، وإدراكاً لما يترتب على رفع المخاوف المتعلقة بالمخاطر غير التجارية من تسيير وتشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي إلى الدول النامية، ورغبة في تعزيز تدفق رأس المال والتكنولوجيا للأغراض الإنتاجية إلى الدول النامية طبقاً لشروط تتواكب مع احتياجات وسياسات وأهداف تلك الدول، ووفقاً لأسس عادلة مستقرة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية ".

وهو مايُشير إلى إن من بين ما تسعى إليه الوكالة هو رفع المخاوف التي تنشأ عن المخاطر غير التجارية، حيث يعتبر الضمان هو أحد الآليات الضرورية لذلك، وجعلت الاتفاقية أساس التعامل مع الاستثمارات وفقاً للمُعاملة العادلة، وبما يُحقق الاستقرار في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية.

(1) - انضم العراق إلى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) بموجب القانون رقم 29 في 23 / 7 / 2007 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4045 في 20 / 8 / 2007.

كـما أشـارت الديباجـة بوضـوح الى إن مـا يتحقـق مـن ذلـك هـو بدافع تسـهيل تدفـق الاسـتثمارات إلى الـدول الناميـة، مـما يؤكـد بشـكل صريـح إن المخاطـر غـير التجاريـة تكـون بـارزة في تلـك الـدول مـما يسـتدعي حمايـة الاسـتثمارات فيهـا وفقـا لتلـك الآلية.

ونبـين في أدنـاه نطـاق الاسـتثمارات المشـمولة بضـمان الوكالـة، وأنـواع المخاطر التـي تتعامـل معهـا، وآليـة عمـل الوكالـة في حمايـة الاسـتثمار الأجنبي.

أولا: نطاق الضمان

تصلـح اسـتثمارات المُسـتثمرين مـن مواطنـي احـدى الـدول الأعضـاء أن تكـون محـلاً لضـمان الوكالـة، سـواء كانـوا أفـرادا طبيعيـين أو معنويين، بـشرط أن لا يكون من الدولـة المضيفة [1].

وأخـذت اتفاقيـة الوكالـة بأكـثر مـن معيار في تحديد جنسـية الشـخص المعنوي، اذ يُعـد الشـخص متمتعـاً بجنسـية الدولـة العضـو إذا تـم تأسيسـه وكان مركـز نشـاطه الرئيـسي فيهـا، أو إذا كانـت أغلبيـة رأسـماله مملوكـة للدولـة العضـو أو لمواطنيهـا، ويسـتثنى مـن ذلـك مواطنـو الدولـة المضيفـة [2].

وعالجـت اتفاقيـة الوكالـة حالـة ازدواج الجنسـية، حيـث اعتـبرت إن جنسـية الدولـة العضـو تَجُـبْ جنسـية الدولة غير العضو، أما جنسـية الدولة المضيفة للاسـتثمار فتَجُـبْ جنسـية الدولـة العضـو عند التعـارض[3].

(1) - المادة (13 / 1) من اتفاقية الوكالة.

(2) - المادة (13 / 2) من اتفاقية الوكالة.

(3) - المادة (13 / 3) من اتفاقية الوكالة.

وسلكت الاتفاقية منحى توسعياً في إضفاء الضمان على استثمارات تعود لمواطنين يتم ضمانها في دولهم، حيث يمكن لأحد مواطني الدولة المضيفة للاستثمار التي يتمتع بجنسيتها إذا كان فرداً طبيعياً، أو أن يكون قد تم تأسيسه أو تملك هذه الدولة غالبية الأسهم فيه، إذا كان شخصاً معنوياً، أن يتم شمول استثماراته بالحماية المقررة بموجب اتفاقية الوكالة في دولته التي ينتمي إليها، ولكن بشرط أن يتم تقديم طلب مشترك من الدولة المضيفة والمستثمر بذلك وان تحصل موافقة مجلس الإدارة بأغلبية خاصة، وان يتم تحويل الأصول المُستثمرة من خارج الدولة المضيفة [1]، وهذا التوسع في حماية الاستثمارات ينسجم كثيراً مع رغبات بعض الدول التي تحاول اجتذاب الاستثمارات من خارج حدودها، وان تشملها بالحماية وان كانت تعود لمواطنيها، ونجد في ذلك انسجاماً مع ما سبق ان وجدناه من شمول قوانين الاستثمار الداخلية لبعض الدول استثمارات مواطنيها بمزايا القانون ومنها الحماية، إذا ما تم تحويلها من الخارج إلى داخل الدولة.

أما بشأن أنواع الاستثمارات القابلة للضمان، فقد نصت المادة (12) من اتفاقية إنشاء الوكالة على أنواع متعددة من الاستثمارات التي تصلح أن تكون محلاً لضمانها، ولكنها لم تتضمن تعريفاً محدداً للاستثمارات المباشرة الصالحة للضمان، مما اوجب على مجلس إدارة الوكالة القيام بتحديد نطاق هذا التعريف على وجه منضبط مستهدياً في ذلك بالتعريف الذي تبناه صندوق النقد الدولي، والذي يعرف الاستثمار المباشر بأنه (الاستثمار الذي يحقق مصلحة مستمرة للمستثمر في مشروع يقوم بعملياته في إطار اقتصادي خارج دولته، والذي يستهدف المستثمر به الحصول على حق القيام بدور فعال في إدارة المشروع) [2].

(1) - المادة (13 / 3 / ج) من اتفاقية الوكالة.

(2) - د. إبراهيم شحاته - التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 41 لسنة 1985 - ص194.

وشـملت الاتفاقيـة أنواعا متعددة من الاسـتثمارات غير المبـاشرة بضمان الوكالة، ومـن بينهـا القروض، ولكنها اشـترطت فيها أن تكون متوسـطة أو طويلة الأجل [1].

ويغطـي ضـمان الوكالة اسـتثمارات القطاع الخـاص والقطاع العـام، دون تفرقة، ويشـمل أيضـا المشروعـات المشـتركة، سـواء كانـت بـين دولـة وأفـراد أجانـب، أو بـين جهتـين حكومتـين أو أكـثر تعـود لـدول مختلفـة بصيغـة مشـاريع حكومية مشـتركة.

ثانياً: المخاطر المشمولة بضمان الوكالة الدولية

أشـارت المـادة (11) مـن اتفاقيـة إنشـاء الوكالـة الدوليـة لضـمان الاسـتثمار إلى أربعـة أصنـاف مـن المخاطـر غـير التجاريـة التـي تغطيهـا الوكالـة، يضـاف إليهـا أيـة مخاطـر أخـرى لم يـرد النـص عليهـا في هـذه المـادة، إلا انـه مقيـدة بقيديـن، الأول أن يتـم طلـب شـمول تلـك المخاطـر مشـتركاً مـن قبـل المسـتثمر والدولـة المضيفـة، وان يتـم الموافقـة عـلى الطلـب مـن مجلـس إدارة الوكالة بأغلبيـة لاتقل عن ثلـث مجموع الأصـوات التـي تكـون مالايقـل عـن 55% مـن أسـهم الوكالـة، والمخاطـر التـي يشـملها ضـمان الوكالـة الدوليـة، التـي وردت في الاتفاقيـة هـي:

أ - المخاطر المتعلقة بالقيود على تحويل العملة

أن خطـر تحويـل العملـة التي تقـوم الوكالة بضمانه يشـمل بصفـة عامة جميع صـور القيـود التـي تفرضهـا حكومـة الدولة المضيفة سـواء تم فرضهـا قانونيـاً أو عملياً، وكذلـك القيـود التـي تفرضهـا الهيئـات العامـة وغيرهـا مـن الأجهـزة العامـة للدولـة المضيفـة [2]، ويجـب أن يذكـر في العقـد نـوع العملـة التـي تضمـن الوكالـة خطـر عدم قابليـة تحويـل العملـة المحليـة إليها.

(1) - المادة (12 / أ) من اتفاقية الوكالة.

(2) - د. إبراهيم شحاته - التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - مصدر سابق - ص192.

كـما يشـمل نـص المـادة ايضـاً أحـوال تأخـر الدولـة المضيفـة في الموافقـة (خلال فـترة معقولـة) عـلى طلـب التحويل المقدم من المسـتفيد مـن الضـمان، وإذا كان النص المذكـور لم يتضمـن تحديـداً لمـا يعتـبر مـدة معقولة في هـذا الخصوص فـأن لوائح عمل الوكالـة التـي يصدرهـا مجلـس الإدارة قـد حددت المـدة المعقولة بــ (90) يومـاً ومازاد عـن ذلـك يعد تأخـيراً غير مـبرر[1].

ب - مخاطر نزع الملكية

اتخـاذ الحكومـة المضيفـة لإجـراء تشريعـي، أو اتخاذهـا أو قعودهـا عـن اتخـاذ إجراء إداري مما يترتب عليه حرمان المسـتفيد من الضمان من ملكيته أو من السـيطرة عـلى اسـتثماره أو مـن منافع جوهرية لاسـتثماره. ويسـتثنى مـن ذلك الإجـراءات عامة التطبيـق التـي تتخذهـا الحكومات عادة لتنظيم النشـاط الاقتصـادي في أراضيها، والتي لا تنطـوي عـلى تفرقة تضر بالمسـتفيد مـن الضمان[2].

وتحـدد لوائـح عمـل الوكالـة هـذه الإجـراءات بأنهـا تشـمل عـلى سـبيل المثـال، التأميـم، والمصـادرة، والحراسـة، والاسـتيلاء، والحجـز، وتجميـد الأصـول، وتشـير عبـارة (إجـراء تشريعـي أو إداري) الواردة في نص المادة إلى الإجراءات التي تتخذها السـلطات التنفيذيـة، كامتنـاع الجهات الإداريـة عن اتخاذ الإجراءات الواجبة إذا كان ذلك يشـكل خرقـاً لالتـزام قانـوني مفـروض عـلى السـلطات الإدارية المختصـة سـواء كان مصدر هذا الالتـزام عقـد الاسـتثمار أو القانـون الوطنـي للدولـة المضيفـة أو القانون الـدولي، ولكن هـذه الإجـراءات لا تشـمل مـا تقوم بـه الهيئـات القضائية بصـدد قيامهـا بوظائفها [3].

(1) - عمر هاشم محمد صدقة - مصدر سابق - ص 134.

(2) - المادة (11 / 2) من اتفاقية الوكالة.

(3) - د. إبراهيم شحاته - التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - مصدر سابق - ص 193.

ج - مخاطر الحرب والأعمال العسكرية والاضطرابات الداخلية

وتشمل أي عمل عسكري أو اضطرابات مدنية في إقليم الدولة المضيفة الذي تنطبق عليه أحكام هذه الاتفاقية وفقاً لنص المادة (66 [1]).

ويقصد بهذه المخاطر الثورات والتمرد والانقلابات وما يماثلها من أحداث سياسية وتتميز بخروجها عن سيطرة الحكومة المضيفة، غير أن نص الاتفاقية لا يشمل الأعمال الإرهابية والأنشطة المماثلة التي تستهدف المستفيد من الضمان بعينه والتي يجوز تغطيتها طبقاً لأحكام المادة (11 / ب) وعلى كل حال يجب أن يكون الدافع وراء هذه الاضطرابات والفتن تحقيق أغراض سياسية وإيديولوجية لكي تكون صالحة لضمان الوكالة الدولية، ويعني ذلك استبعاد الأضرار الناتجة عن أعمال شخصية أو انتقامية فردية من نطاق ضمان الوكالة[2].

د - مخاطر مخالفة العقد

في حالة نقض الحكومة المضيفة لعقد بينها وبين المستفيد من الضمان، أو إخلالها بالتزاماتها في ظل ذلك العقد، وذلك في الأحوال التالية:

(1) إذا كان من غير الممكن للمستفيد من الضمان اللجوء إلى هيئة قضائية أو هيئة تحكيم للفصل في ادعائه نقض العقد أو الإخلال بأحكامه، (2) أو إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في الإدعاء خلال مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان طبقاً للوائح الوكالة، (3) أو إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصادر عن الهيئة المذكورة [3].

(1) - المادة (11 / 4 / أ) من الاتفاقية، و تنص المادة (66) التطبيق الإقليمي للاتفاقية: تطبق هذه الاتفاقية على كافة الأقاليم الخاضعة لاختصاص عضو من الأعضاء بما في ذلك الأقاليم التي يضطلع العضو بالمسؤولية عن علاقاتها الدولية، مع استثناء الأقاليم التي يستبعدها العضو من تطبيق هذه الاتفاقية بإخطار كتابي يوجهه إلى جهة الإيداع عند التصديق أو القبول أو الموافقة أو في وقت لاحق.

(2) - عمر هاشم محمد صدقة - مصدر سابق - ص 135.

(3) - المادة (11 / 3) من اتفاقية الوكالة.

ثالثاً: آلية عمل الوكالة الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي

إن نشـوب النـزاع بـين المسـتثمر والدولـة المضيفـة سـوف يمنـح الوكالـة فرصـة المسـاهمة في تسـويته وديـاً بين الطرفـين، قبل أن يحتاج الأمر إلى دفـع تعويض وحلولها محلـه إزاء الدولـة المضيفـة، فعندمـا يتقـدم المسـتثمر إلى الوكالـة طالبـاً التعويـض سـتقوم الوكالـة ببحـث هـذا الطلـب، وسـتجد الوكالـة نفسـها عندئـذ في وضـع يشـبه وضـع حكومـة الدولـة المضيفـة، أو أي شركـة تأمـين تطالـب بالتعويـض، إلا إنهـا تتميـز مـن هـؤلاء بوضـع خـاص يسـمح لهـا بالتوصـل إلى تقييـم أفضـل للموقـف بالنظـر إلى طبيعتهـا كهيئـة دوليـة، والمعلومـات التـي تتوفـر لهـا في هذا المجـال إلى جانـب خبرتها الخاصـة التـي ينتظـر أن تغطـي عـدداً كبـيراً مـن الـدول، ومن شـأن ذلك أن يـؤدي إلى قيـام الوكالـة بـدور ناجـح في التخفيف من حـدة الموقف والمبالغـة في المطالب لأي من الطرفـين وفي توصلهـما في النهايـة إلى تسـوية وديـة [1].

كما إن الوكالة سـوف تكون في وضع يمكنها من تيسـير توصل المسـتثمر والدولة المضيفـة إلى تسـوية وديـة، عـن طريـق تخفيـف العـبء المـالي للتسـوية عـلى حكومة هـذه الدولـة، فتسـتطيع الوكالـة مثلاً أن تقبـل تعويضاً مـن الحكومة بالعملـة المحلية، وتدفـع مـن جانبهـا إلى المسـتثمر مبلغـاً مقابـلاً بعملـة قابلـة للتحويل، ويمكـن للوكالة عندئـذ بالاتفـاق مـع الحكومـة أن تبيـع مبالـغ العملة المحليـة إلى البنك الـدولي أو إلى مؤسسـات تمويل أجنبية تحتاج إليها، أو إلى حكومة الدولة نفسـها على أقسـاط تمكنها في النهاية من دفع التعويض بعملات حرة على أقسـاط، بل تسـتطيع الوكالة أن تعوض المسـتثمر مقابـل سـندات تصدرهـا الحكومـة لمصلحتها ويتم اسـتهلاكها تدريجيـاً، وقد تسـتطيع بـدلاً مـن ذلـك إقنـاع المسـتثمر بقبـول مثل هـذه السـندات بديـلاً للتعويض النقـدي مـع ضـمان الوكالـة للحكومـة في وفائهـا بالتزاماتهـا طبقـاً لهـذه السـندات،

(1) - د. إبراهيم شحاتة - دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية - مصدر سابق - ص 20.

وفي الحالات التي يتعذر فيها التوصل إلى اتفاق بين الحكومة والمستثمر حول مبلغ التعويض، قد ترى الوكالة كسبيل لإنهاء المنازعة أن تدفع من جانبها مبلغاً يضاف إلى المبلغ الذي تدفعه الحكومة مما يؤدي إلى تسوية ودية للنزاع.

أما إذا لم يتم حسم النزاع وفقاً لذلك، فأن الوكالة تحل محل المستثمر المتضرر المشمول بضمان الوكالة، وذلك وفقاً لما ورد في اتفاقية الوكالة، بعد أن تقوم بتعويضه عما لحق به من ضرر[1].

ويُعتبر الحلول من المبادئ المستقرة في قانون التأمين، ومؤداه حوالة المطالبات القائمة للمستثمر المضمون إلى الوكالة، واكتساب الوكالة كخلف له لما كان له من حقوق [2].

إن الوكالة في هذه الحالات جميعاً باعتبارها منظمة دولية يكون من واجبها ومن مصلحتها تحسين أوضاع الاستثمار في الدول الأعضاء، والحد من الخلافات التي تؤثر سلباً في هذه الأوضاع، والتي كثيراً ما استتبعت في الماضي آثارا سياسية سلبية [3].

وتُمارس الوكالات الدولية لضمان الاستثمار عملها الأساسي من خلال عقد الضمان والذي يُعرف بأنه " العقد الذي يبرم بين هيئات الضمان الدولية والدولة المضيّفة للاستثمار لمصلحة المستثمر الأجنبي وبمقتضاه تلتزم الدولة المضيّفة للاستثمار بأداء أقساط التأمين لهيئة الضمان مقابل التزام الأخيرة بتعويض المستثمر عند تحقق الخطر " [4].

(1) - المادة (18 / أ) من الاتفاقية.

(2) - د. إبراهيم شحاتة - تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - مصدر سابق - ص 197.

(3) - د. إبراهيم شحاتة - دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية - مصدر سابق - ص 21.

(4) - د. إبراهيم شحاتة - مصدر سابق - ص 48.

ويترتـب عـلى عقـد الضـمان التزامـات متبادلـة بـين المُسـتثمر والوكالـة دون أن تتدخـل دولتـه أو الدولـة المضيفـة في ترتيـب الآثـار القانونيـة عـن ذلـك، حيـث يلتـزم المُسـتثمر بدفـع أقسـاط التأمين، وان يُشـعر الوكالة فوراً وبشـكل مكتوب بـكل الوقائع أو المعلومـات التـي مـن شـأنها أن تؤدي إلى وقـوع الخطر أو تزيد مـن احتمال وقوعه، كـما يلتـزم بإبـلاغ الوكالـة حـال تحقـق الخطـر وعـادة مـا يتـم تحديـد مـدة معينـة لذلك [1].

أمـا التزامـات الوكالة تجاه المُسـتثمر المضمـون فهي تتمثل في دفـع التعويض في حـال الإضرار به واسـتيفاء الـشروط المتفق عليها لدفـع التعويض.

إن نظـام ضـمان الاسـتثمار بموجـب اتفاقيـات إنشـاء الـوكالات الدوليـة يتسـم بالمرونـة والقابليـة للتطـور، حيـث إن هـذه الاتفاقيـات في عـدة مـوارد لم تجعـل نـوع الاسـتثمار أو المخاطـر محـددة بقيـود معينـة لا يُمكـن معهـا أن يتطـور نظـام الحمايـة ويتوسـع، وعـلى أسـاس ذلـك فـأن مـن الممكـن أن يشـمل الضـمان حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي مـن مخاطـر نـزع الملكيـة غير المبـاشر التـي تلحق الـضرر بملكية المسـتثمر أو تحرمـه منـه تدريجيـاً، مـن قبيـل الضرائـب التمييزيـة[2].

---

(1) - توجب المادة (32) من نموذج عقد تأمين الاستثمار المباشر في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن يتم الإبلاغ عنه خلال مدة شهر من تاريخ تحققه.

(2) - د. أحمد شرف الدين - نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي - بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية عام 2006 - الجزء الثالث - ص 248.

المطلب الثاني

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

تـم توقيـع اتفاقيـة إنشـاء المؤسسـة في 2 / ايـار / 1971 في الكويـت مـن قبـل خمـس دول عربيـة وهـي مـصر والكويت وسـوريا والأردن والسـودان، وأصبحت نافذة بعـد أن صدقـت عليهـا خمـس دول عربيـة سـاهمت في 60% مـن رأس مالهـا، وبـدأت نشـاطها في عـام 1975[1].

تهدف المؤسسة لتحقيق غرضين أساسيين هما:

أ - توفـير الضـمان للمسـتثمر العـربي عـن طريـق تعويضـه تعويضـاً مناسـباً عن الخسـائر الناجمـة عـن المخاطـر غـير التجارية.

ب - تشـجيع انتقـال رؤوس الأمـوال العربيـة عـبر الـدول العربيـة، وذلـك عـن طريـق ممارسـة أوجه النشـاطات المكملـة لتوفير الضمان، وخاصـة تلك المتعلقة بتنميـة البحـوث التـي لها صلـة بتحديد فرص الاسـتثمار والبحث عنهـا، وتطوير أوضاعهـا، مـما يسـاعد الاسـتثمارات العربيـة على الانتشـار في البـلاد العربية [2].

ونبـين في أدنـاه نطـاق الضـمان في المؤسسـة وأنـواع المخاطـر التـي يتـم ضـمان الاسـتثمار تجاههـا:

(1) - صادق العراق على اتفاقية المؤسسة بموجب القانون رقم 127 لسنة 1971.

(2) - المادة (2 / 1) من اتفاقية المؤسسة.

أولا: نطاق الضمان

يصلح أن يكون طرفاً في عقد الضمان كل مستثمر يحمل جنسية احدى الدول المتعاقدة إذا كان فردا طبيعياً، وإذا كان شخصاً معنوياً يجب أن يكون مركزه الرئيس في احدى هذه الدول وان تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحدى الدول المتعاقدة أو لمواطنيها، ويشترط في جميع الأحوال أن لا يكون المُستثمر من مواطني الدولة المضيفة للاستثمار [1].

وتناولت اتفاقية المؤسسة حالة تعدد الجنسية وتعارضها، حيث بينت أنه في حالة تعدد الجنسية يكفي أن تكون من بينها جنسية احدى الدول الأعضاء، وإذا كان التعدد بين جنسية احدى الدول الأعضاء وبين جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، يُعتد بجنسية الأخيرة [2].

أما بشأن الاستثمارات التي تضمنها المؤسسة فهي تشمل كافة الاستثمارات مابين الدول المتعاقدة سواء كانت الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات أو من استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يجاوز اجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين [3].

(1) - المادة (17 / 1) من اتفاقية المؤسسة.

(2) - المادة (17 / 3) من اتفاقية المؤسسة.

(3) - المادة (15 / 1) من اتفاقية المؤسسة.

وبذلـك يكـون الضمان شـاملاً الاسـتثمار الأجنبـي بنوعيه الاسـتثمار المباشر وغير المبـاشر، وتسـتعين المؤسسـة في تحديـد مفهـوم الاسـتثمارات لغـرض شـمولها بالضمان، بمـا يصـدر عن صنـدوق النقد الدولي بشـأن تعريف الأصول الاسـتثمارية والاسـتثمارات غـير المباشرة.

ومـن الممكـن أن يشـمل ضـمان المؤسسـة كافـة الاسـتثمارات التـي تعمـل عـلى أسُـس تجاريـة سـواء كانـت عائـدة للقطـاع العـام أو المختلـط أو الخـاص [1].

ولاشـك إن هـذا الشـمول للاسـتثمارات التـي تعود ملكيتهـا لفئـات مختلفة من المالكـين ينسـجم مع طبيعة النشـاط الذي تمارسـه الجهات العامة والخاصـة والمختلطة في الـدول العربيـة، حيـث إن القطـاع العـام يقـوم بدور كبـير في الاسـتثمارات الخارجية لبعـض الـدول العربيـة المصـدرة لـرأس المـال سـواء بمفـرده أو بالاشـتراك مـع القطـاع الخـاص، أضـف إلى ذلـك احتمال تعـرض الاسـتثمار الحكومي للمخاطر السياسـية، وهو ماحـدث فعـلاً في بعـض الدول العربية كتأميم السـودان لفرع شركة مـصر للطيران، كما أن بعـض المخاطـر لا تفـرق بـين الاسـتثمار الحكومـي أو الخـاص مثـل مخاطـر الثورات والحروب [2].

ثانياً المخاطر المشمولة بضمان المؤسسة

أ - المخاطر السياسية

إذا كان ضـمان المؤسسـة يشـمل إجـراءات التأميـم ونـزع الملكية، فانه لايشـمل المصـادرة، إذ إن المصـادرة لا يصاحبهـا أداء تعويـض طالمـا اتسـمت بالطابـع الجـزائي وتمـت مقابـل الأعـمال غـير المشروعـة التـي ارتكبها مـن اتخذت إجـراءات المصـادرة في مواجهته.

(1) - المادة (15 / 5) من اتفاقية المؤسسة.

(2) - د. هشام صادق - النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية - دار المطبوعات الجامعية في الإسكندرية - سنة الطبع 2002 - ص 67.

وعلى ذلك فالمصادرة لا تعد خطراً سياسياً مستوجباً للتعويض إلا في حال اتخذت بطريقة تحكمية أو غير مشروعة، كالمصادرة التي تتخذها السلطة التنفيذية دون حكم قضائي أو المصادرة التي تتم بمقتضى حكم قضائي صادر عن قضاء خاص أو استثنائي [1].

ورغم إن الاستيلاء الجبري وفرض الحراسة يختلفان عن إجراءات التأميم ونزع الملكية والمصادرة في كونها إجراءات مؤقتة تزول بزوال أسبابها، إلا إن ضمان المؤسسة يمتد ليشمل هذه المخاطر حيث تقوم المؤسسة بتعويض من كانت له ملكية المال محل الاستيلاء أو الحراسة باعتبار إن الاستيلاء الجبري أو فرض الحراسة هي إجراءات تصيب المشروع بذاته وبالتالي تلحق الضرر بالمساهمين في ملكيته [2].

ب - المخاطر المتعلقة بالقيود على تحويل العملة

يغطي الضمان الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية........ ب - اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصول استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج [3].

(1) - د. هشام صادق - النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية - مصدر سابق - ص 133

(2) - د. هشام صادق - النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية - مصدر سابق - ص 134

(3) - المادة 18 / 1 / ب من اتفاقية إنشاء المؤسسة.

ويقـوم خطـر عـدم القـدرة عـلى التحويـل في حالـة قيـام السـلطة التنفيذيـة أو التشريعيـة أو إحـدى الهيئـات العامـة في الدولـة المضيفـة باتخاذ إجراء من شـأنه عجز المسـتثمر المضمـون أو نقـص قدرتـه عـلى تحويـل أصل اسـتثماره أو عوائده أو أقسـاط اسـتهلاكه إلى خـارج الدولـة المضيفـة ويقـوم هـذا الإجراء بصـدور قانون أو مرسـوم أو لائحـة أو مجـرد قـرار إداري [1].

ج - مخاطر الحرب والأعمال العسكرية والاضطرابات الأهلية

وتشـمل كل عمـل عسـكري صـادر عـن جهـة أجنبيـة أو عـن القطـر المضيـف تتعـرض لـه أصول المسـتثمر المادية تعرضـاً مباشراً، وكذلـك الاضطرابـات الأهلية العامة كالثـورات والانقلابـات والفـتن وأعـمال العنـف ذات الطابـع العـام التي يكـون لها الأثر نفسه [2].

إن الصياغـة المرنـة في نـص المادة (18) التي تسـمح للمؤسسـة بضـمان أي خطر سـياسي، يـؤدي إلى قيـام المؤسسـة بـأداء دورهـا عـلى نحو أكثر فاعلية ويكسـبها المزيد مـن ثقـة المسـتثمرين المتعاملـين معهـا فهـي صياغـة تسـمح بامتـداد ضمان المؤسسـة لأي خطـر سـياسي غـير متوقـع قد تظهـره التجربـة العملية مسـتقبلاً [3].

(1) - د. هشام صادق - النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية - مصدر سابق - ص 141

(2) - المادة 18 / 1 / ج من اتفاقية إنشاء المؤسسة.

(3) - د. هشام صادق - النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية - مصدر سابق - ص 129

الخاتمة

تبين مما تقدم بأنه على الرغم من إن البيئة الاستثمارية التي يمكن أن توفرها القوانين والتشريعات الداخلية المعنية بالاستثمار هي من بين ما يدفع المستثمر الأجنبي للاستثمار، إلا إن طبيعة هذه القوانين وما يمكن أن يطرأ عليها من تعديل أو إلغاء من قبل السلطات في الدولة المضيفة، يجعل الحماية المقررة فيها رهناً بإرادة تلك الدولة

وعليه من الممكن أن تتحول الأداة التشريعية الداخلية في حماية الاستثمار الأجنبي إلى وسيلة للانتهاك والإضرار به، فالتشريع يمثل إرادة السلطة ويعبر عن توجهاتها وتنفيذ سياستها، فإذا ما أرادت أن تفرغ حماية الاستثمارات من مضمونها ضمناً أو حتى إلغائها بشكل صريح فلها ذلك، وتملك السلطة التي يمنحها إياها نظامها القانوني الداخلي

فإلغاء التشريع المُنظم للاستثمار الأجنبي أو تعديله، لا يُمثل طبقاً للنظام القانوني الداخلي إلا تعديلاً أصوليا للتشريع تم وفقاً لما نص عليه الدستور، وانه مجرد ممارسة طبيعية للسلطة، وان أدى ذلك إلى تغيير البيئة التشريعية للاستثمار أو اضر بالمستثمر الأجنبي

أما القضاء الداخلي فهو لا يعدو عن هذا الإطار في تعامله مع الموضوع، فهو باعتباره يطبق القانون، إنما يُطبق منها ما هو نافذ ويتقيد بالتشريع الجديد، وله في مبدأ " القضاء مستقل ولا سلطان عليه لغير القانون " أفضل ما يبرر تقيده بالتشريع الجديد

وقد تبين لنا إن النظام القانون الدولي يتجاوز كثيراً تلك العيوب التي تذهب بحماية الاستثمار الأجنبي هدراً وتفرغه من قيمته، حيث اتضح بأن الحماية الموضوعية والإجرائية التي يؤمنها القانون الدولي لها من المزايا والاستقلال عن الحماية المقررة في القانون الداخلي ما يجعلها قادرة على حماية الاستثمار الأجنبي بشكل فعال ومؤثر

وتعود تلك الفاعلية والأهمية لقواعد الحماية في القانون الدولي إلى طبيعة النظام القانوني الدولي والآليات التي يعتمدها، ذلك إن تكوين تلك القواعد في القانون الدولي يقوم على أساس رضا الدول الصريح أو الضمني، وعليه فأن القواعد الدولية التي تربط الدول تكون أساسها إرادة هذه الدول، تلك الإرادة الحرة المثبتة في الاتفاقيات الدولية، أو في العرف المُجمع عليه الذي يُقرر مبادئ قانونية، ويكون الغرض منها حُكم علاقات الجماعة المستقلة المتعايشة، بقصد التوصل إلى تحقيق غايات مشتركة [1]، وليس تحقيق غاية ومصلحة دولة معينة دون غيرها، وهو ما يُضعِف إلى حد كبير من قدرة الدولة بإرادتها المنفردة أن تُغير تلك القواعد أو تُفرغها من مضمونها

(1) - حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية اللوتس الصادر في 17 / أيلول / 1927

ومن جهة الحماية الإجرائية فأن الآليات التي يعتمدها القانون الدولي في حماية الاستثمار الأجنبي تختلف في طبيعتها عما هو مقرر في النظام القانوني الداخلي، فهو بدءاً يخرج عن التأثير السلبي للدولة المضيفة على القضاء الذي يعتبر الأداة الرئيسة للانتصاف، ويتعامل مع التشريعات الداخلية باعتبارها تصرفات توجب مسؤولية الدولة المضيفة أن الحق الضرر بالاستثمار الأجنبي، وليس باعتبارها قانوناً نافذاً يجب التقيد بها

وبذلك ثبت بأن الحماية التي يؤمنها القانون الدولي للاستثمار الأجنبي لها من المزايا والفاعلية ما يمكنها أن تخلق بيئة قانونية مستقرة للاستثمار تسد الفراغ وتتجاوز السلبيات التي يخلفها النظام القانوني الداخلي للدولة المضيفة

ويمكن أن نستخلص النتائج التالية بشأن حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي:

- إن القانون الدولي العام يسعى إلى خلق نظام متكامل من الناحية الموضوعية والإجرائية لحماية الاستثمار الأجنبي، باعتباره يمارس دوراً أساسيا في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول، ويساهم في تحقيق الاستقرار الدولي، من خلال إبعاد النظام الاقتصادي من أن يكون عنصر توتر بين الدول

- إن الدول النامية رغم معارضتها الشديدة لمضمون القانون الدولي العرفي، باعتباره يُمثل تعبيراً عن إرادة الدول المتقدمة المصدرة للاستثمار، إلا انها في حقيقة الامر أبرمت العديد من الاتفاقيات التي تتضمن بنوداً أكثر تعبيراً عن إرادة الدول المتقدمة وأكثر حماية للاستثمار، وهذه البنود في حقيقتها تمس بصورة مباشرة سيادتها، التي طالماً حاولت أن تستند اليها للحصول على مكاسب اقتصادية من

خـلال المحافـل الدولية، ومن بين تلـك البنود التي تضمنتهـا اتفاقياتها شرط المظلـة والتحكيـم دون مراجعـة سـبل الانتصـاف المحليـة، وبنـود تعاقديـة مـن قبيـل شرط الثبات التشريعـي وغيرها

- بالرغـم مـن سـعي الـدول الناميـة الحثيـث في السـابق لتعديـل مضمـون القانـون الـدولي العرفي بما يحقـق مصالحها، فأنها تراجعـت وبمحض إرادتها لقبـول الكثـير مـن قواعده من خـلال تضمينهـا في اتفاقياتهـا الدولية، ومنها القواعـد المتعلقـة بالتعويـض، الـذي دأبـت على أن يكـون مناسـباً أو ملائماً، نجدهـا عـادت لتوافـق بـأن يكون التعويـض سريـع وكاف وفعال
- إن قواعـد حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، منـذ نشـأتها، رافقهـا عـدم الوضـوح في مضمونهـا ومحتواهـا، وبـدأت منـذ منتصـف القرن العشريـن، وبالتزامن مـع إبـرام اتفاقيـات حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، تأخـذ منحـى تصاعـدي في الوضـوح، وان كانـت بعـض قواعـده لازال يشـوبها التبايـن والاختـلاف عند التطبيـق والمنازعة
- لقـد نالـت قواعـد حماية الاسـتثمار الأجنبي الكثـير من التطور والاسـتقلال عـن قواعـد حمايـة الأجانـب التـي كان يُنظـر اليهـا باعتبارهـا مجموعـة واحـدة عرفـت سـابقاً بقواعـد " حمايـة الأجانـب " وذلـك نتيجـة لتطـور نظامهـا القانـوني وتوسـع مصـادره الاتفاقيـة بشـكل واسـع، بحيـث أصبـح مـن الواضـح وجـود القانون الدولي الاقتصـادي، الذي يُمثل قانون الاسـتثمار الـدولي جـزءاً منـه، بعيـداً عـن القانـون الـدولي لحقـوق الإنسـان، والقانون الدولي الإنسـاني

- إن القواعد العرفية في حماية الاستثمار الأجنبي في بداية نشأتها تُمثل تعبيراً عن إرادة عدد محدود من الدول، وهي الدول القوية والمصدرة للاستثمار، إلا انه مع التطور في الأوضاع الدولية، ونيل العديد من الدول استقلالها واستعادة سيطرتها على ثرواتها، أصبحت قواعد الحماية تعبر عن إرادة عدد اكبر من الدول
- إن الشبكة الواسعة والمعقدة والمتباينة من اتفاقيات الاستثمار الدولية جعلت من الصعوبة التعامل معها من قبل الدول المضيفة للاستثمار او من قبل المستثمرين الاجانب، مما يؤكد ضرورة وضع اتفاقية دولية متعددة الاطراف
- بأستثناء بعض الاتفاقيات الإقليمية، وهي قليلة ولا تختص بحماية الاستثمار الأجنبي، فأن القانون الدولي لازال يفتقر إلى اتفاقية دولية متعددة الأطراف لحماية الاستثمار الأجنبي، تجتمع فيها الدول المتقدمة والنامية بما يحقق إرادتهم، وهو ما يؤكد بشكل واضح عمق الخلاف الذي لايزال قائماً بين الإرادتين، وان كنا نجد في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تطبيق واقعي لإمكانية تحقق ذلك مستقبلاً
- بات الاستثمار الأجنبي يتمتع بحماية ذات اثر متبادل بين الجوانب الموضوعية والإجرائية، بحيث يحقق وجود احدهما أثرا مباشراً في تفعيل الحماية من الجانب الآخر، فوجود بند التحكيم يجعل الكثير من القواعد الموضوعية لحماية الاستثمار فاعلة، حيث إن المحاكم الدولية تستبعد بشكل واضح أي تأثير للقواعد المحلية التي تتعارض معه والتي تقلل من نطاق الحماية من أن تمارس دورها في هذا المجال، وبالمقابل وجود قواعد حماية موضوعية اتفاقية يمكن الاستدلال بها والاستناد اليها لتحديد اختصاص محاكم التحكيم الدولية

- إن الـدول الناميـة، بشـكل عام، هـي أكثر الدول انتهـاكاً لالتزاماتهـا الدولية بحمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، عـلى الرغـم مـن حاجتهـا الماسـة إليـه، ويرجع ذلك لأسـباب داخليـة عديدة ومختلفة ومن بينها مـدى احترامها لالتزاماتها الدوليـة وتفـشي الفسـاد في اجهزتهـا، لذلـك نجـد إن اغلـب القضايـا التـي نظرتهـا محاكـم التحكيـم الدوليـة، وبالاخـص منهـا المركـز الـدولي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، تكـون هـذه الـدول هـي الطـرف المدعـى عليـه فيها، واغلـب تلـك الدعـاوى صدرت فيها الأحـكام لمصلحة المسـتثمرين الأجانب، مـما يُشـير إلى مخالفتهـا الواضحـة لقواعـد الحمايـة التي سـبق وان قبلتها

- إن اختصـاص محاكـم التحكيـم الدوليـة للنظـر في منازعـات الاسـتثمار بـين الدولـة المضيفـة والمسـتثمر الأجنبـي لم يعـد مقتـصراً عـلى وجـود نـص في اتفاقيـة دوليـة، وإنمـا أصبـح بالإمـكان انعقـاد الاختصـاص اسـتناداً إلى نص في التشريـع المحـلي أو في عقـد الاسـتثمار، وهـو مـا يمثـل توسـعاً في نطـاق الحمايـة الإجرائيـة

- تبـين إن القانـون الـدولي العـرفي لا يوفـر الحمايـة التامـة للاسـتثمارات الأجنبيـة، سـواء كانـت تلـك الحمايـة موضوعيـة أو إجرائية، لذلـك فقد تم سـد الكثـير مـن الثغـرات والفـراغ مـن خـلال الاتفاقيـات الدوليـة

- عـلى الرغـم مـن سـعي الـدول في اتفاقيـات الاسـتثمار إضفـاء الوضوح على قواعـد حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي، إلا إن التبايـن في تطبيقـات وتفسـيرات المحاكـم لقواعـد الحمايـة يتجه بخلاف ذلـك، حيث نجد الكثـير من التباين في التطبيـق في مـوارد متعـددة ومهمـة منهـا تطبيـق شرط الدولـة الأولى بالرعايـة وحالـة الـضرورة وغيرها

- إن نـزع ملكيـة الاسـتثمار الأجنبـي لم تعـد قائمـة عـلى الطريقـة التقليديـة المتمثلـة في التأميـم والمصـادرة، وإنمـا أصبـح نـزع الملكيـة يتجسـد بشـكل أسـاسي بمـا تتخـذه الدولـة مـن تدابـير وإجـراءات تدخـل ضمـن سـلطتها التنظيميـة وتـؤدي إلى الإضرار بالاسـتثمار الأجنبـي

- إن ممارسـة الدولـة لسـيادتها الداخليـة، أصبحـت تتقيـد كثـيراً، خاصـة في الحـالات التـي يؤدي ممارسـتها إلى المسـاس بحقـوق المسـتثمرين الأجانب، وهـو مـا يعـزز القول بزوال نظريـة السـيادة المطلقة من الناحيـة الواقعية، حيث باتت ممارسـة الدولة لسـلطتها السـيادية إنما يكون من خلال مراعاة الاعتبـارات التـي تهـم المجتمـع الـدولي، ومـن بـين أهـم تلـك الاعتبـارات تحقيـق التنميـة الاقتصاديـة التـي تتأثـر سـلباً في حـال إطـلاق يـد سـلطة الدولـة في تنظيـم ونـزع الاسـتثمار الأجنبي

- تتحـرك حمايـة الاسـتثمار الأجنبـي مـع تحقـق الـضرر، ويشـتمل الـضرر في هـذا النطـاق كلا مـن الـضرر المـادي والضرر المعنـوي، حيث يعتـبر تعويض الأضرار المعنويـة مسـألة جوهريـة في الاسـتثمار لمـا يمثلـه مـن أهميـة اقتصاديـة وتجاريـة

- إن تقديـر التعويـض المسـتحق للمسـتثمر الأجنبـي بـات أكـثر وضوحـاً في ظـل اتفاقيـات الاسـتثمار الدوليـة عما هـو عليـه في القانون الـدولي العرفي، ويعـود السـبب في ذلـك إلى إن تحديد التعويض المسـتحق اتفاقـاً يمنع كثيراً الاجتهـادات بشـأن كيفية ومقدار التعويض المسـتحق وهـو ما يعني تحقق الحماية بشـكل واضـح للمسـتثمرين الأجانب

- إن حصول المستثمر الأجنبي على التعويض في حال الإضرار به لم يعد متوقفاً في تقديره واستحصاله على دولته، وإنما بات من الممكن له المطالبة المباشرة بالتعويض والتنفيذ المباشر للحكم الصادر له في الدولة المضيفة باعتباره حكما وطنيا باتا ونافذا

- إن حماية الاستثمار الأجنبي بنظام الحماية الدبلوماسية يشوبه الكثير من العيوب التي تفرغ الحماية من محتواها وتجعلها محدودة الأثر وقليلة الفائدة، لذا فأن الآليات الحديثة التي طورها القانون الدولي المتمثلة في وسائل تسوية المنازعات ونظام الضمان قد ارتقى بمستوى الحماية إلى حد يمكن معه القول إن الاستثمارات الأجنبية تحظى بدرجة عالية من الحماية

- تطور وبشكل متميز مركز الفرد المتمثل بالمستثمر الأجنبي في القانون الدولي، من خلال ما اقره هذا القانون للمستثمرين من حقوق وما فرضه من واجبات بشكل مباشر، وهو ما جعل القانون الدولي للاستثمار عموماً وقواعد حماية الاستثمار الأجنبي على وجه الخصوص من أوضح موارد هذا التطور

- إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عزز بشكل كبير الحماية الإجرائية للاستثمار الأجنبي، كما إن قواعد الحماية الموضوعية أصبحت في ظل تطبيقات المركز أكثر فاعلية ووضوح

المصادر

– كتب اللغة

- ابـن منظـور - لسـان العـرب - دار احيـاء الـتراث العـربي - الطبعـة الثالثة - بـيروت - 1999 - الجـزء الثـاني
- ابي نـصر اسـماعيل بـن حماد الجوهري - الصحاح - منشـورات دار الحديث - القاهرة - سـنة الطبع 2009
- لويس معلوف - المنجد في اللغة - المطبعة الكاثوليكية - بيروت.
- الكتب والمصادر القانونية والاقتصادية
- د. ابراهيـم العنـاني - اللجـوء الى التحكيـم الـدولي - منشـورات دار النهضـة العربيـة - الطبعـة الثانية - سـنة الطبـع 2006.
- القانـون الـدولي العـام - منشـورات دار النهضة العربية - الطبعة الخامسـة - سـنة الطبع 2004
- د. ابراهيم شـحاته - الضمان الدولي للاسـتثمارات الاجنبية - منشـورات دار النهضـة العربية - 1971

- د. احمد ابو الوفا. الوسيط في القانون الدولي - منشورات دار النهضة العربية - الطبعة الرابعة - سنة الطبع 2004.
- د. احمد سرحال - قانون العلاقات الدولية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الثانية - سنة الطبع 1993 - ص 375.
- د. احمد عبد الكريم سلامة - قانون حماية البيئة - مطابع جامعة الملك سعود - سنة الطبع 1977.
- باسم حمادي الحسن - الاستثمار الاجنبي المباشر " عقود التراخيص النفطية واثرها في تنمية الاقتصاد " - منشورات الحلبي الحقوقي - الطبعة الاولى - 2014
- د. بشار الاسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2006.
- بيار ماري دوبوي - القانون الدولي العام - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2008.
- جيل برتان - الاقتصاد الدولي - الطبعة الثانية - بيروت - سنة الطبع 1982.
- د. حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - ج1 - مطبعة التايمس - بغداد - سنة الطبع 1991.
- د. حسين سلوم - المالية العامة " القانون المالي والضريبي " - دار الفكر اللبناني - الطبعة الاولى - سنة الطبع1990.

- حفيظة السيد حداد - العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1996.
- د. خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دار الشروق - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2002.
- دريد محمود السامرائي - الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2006.
- رواء يونس محمود النجار - النظام القانوني للاستثمار الاجنبي " دراسة مقارنة " - دار الكتب القانونية - سنة الطبع 2012.
- رودريك ايليا ابو خليل - العقوبات الدولية في القانون الدولي بين الفعالية وحقوق الانسان - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2009.
- د. زهير الحسني - مصادر القانون الدولي العام - منشورات جامعة قار يونس - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1993.
- سرمد كوكب الجميل - التمويل الدولي - مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة الموصل - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2002.
- د. سهيل حسين الفتلاوي - الموجز في القانون الدولي العام - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الطبعة الثانية - سنة الطبع 2011.
- د.عادل المهدي - عولمة النظام الاقتصادي العالمي ومنظمة التجارة العالمية - الطبعة الثانية - سنة الطبع 2004.

- د. عاصم جابر - الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة - دار عويدات للنشر والطباعة - سنة الطبع 2001.
- عاطف ابراهيم محمد - ضمانات الاستثمار في البلاد العربية - المطبعة العمرانية - الجيزة - سنة الطبع 1998.
- د. عبد السلام ابو قحف - اقتصاديات الاستثمار الدولي - الجزء الرابع والخامس - طبع المكتب العربي الحديث - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1988.
- د. عبد العزيز رمضان الخطابي - اسس القانون الدولي المعاصر - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - سنة الطبع 2014.
- د. عبد الغني محمود - القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - سنة الطبع 2002.
- المطالبة الدولية لأصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الاسلامية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1983.
- د. عبد الكريم علوان - الوسيط في القانون الدولي العام " الكتاب الاول - المبادئ العامة " - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - سنة الطبع 2009.
- د. عبد الله عبد الكريم عبد الله - ضمانات الاستثمار في الدول العربية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - سنة الطبع 2010.
- د. عبد الواحد محمد الفار - القانون الدولي العام - منشورات دار النهضة العربية - سنة الطبع 1994.

- - احكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية - منشورات عالم الكتب.
- - طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم - منشورات دار النهضة العربية - سنة الطبع 1985
- د.علي حسين الخلف ود.سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - سنة الطبع 1982.
- د. علي صادق ابو هيف - القانون الدولي العام - الجزء الاول - منشورات منشأة المعارف بالاسكندرية - الطبعة السادسة عشر - سنة الطبع 1997.
- د. عصام العطية - القانون الدولي العام - الطبعة السادسة - دون سنة طبع .
- عمر هاشم محمد صدقة - ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2010.
- د.فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - سنة الطبع 1992.
- د. ماهر صالح الجبوري - مبادئ القانون الاداري - دار الكتب للطباعة والنشر - سنة الطبع 1996.
- د. محسن افكيرين - القانون الدولي العام - منشورات دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 2005.

- د. محمد الشحات الجندي - قواعد التنمية الاقتصادية في القانون الدولي والفقه الاسلامي - منشورات دار النهضة العربية - سنة الطبع 1985.
- د. محمد بجاوي - من اجل نظام اقتصادي دولي جديد - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر - سنة الطبع 1981.
- د. محمد المجذوب - القانون الدولي العام - منشورات الحلبي الحقوقية - سنة الطبع 2003.
- د. محمد سامي عبد الحميد - اصول القانون الدولي العام - القاعدة القانونية - ج2 - دار المطبوعات الجامعية - سنة الطبع 1999.
- د. محمد سعيد الدقاق - شرط المصلحة في دعوى المسؤولية عن انتهاك الشرعية الدولية - منشورات الدار الجامعية - بيروت - سنة الطبع 1983.
- - القانون الدولي " المصادر، الاشخاص " - الدار الجامعية - الطبعة الاولى - سنة الطبع 1983.
- د. محمد عبد المجيد اسماعيل - عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - سنة الطبع 2003.
- د. محمد عزيز شكري - مدخل الى القانون الدولي العام - منشورات جامعة دمشق - الطبعة الخامسة - سنة الطبع 1992.
- محمد مطر - ادارة الاستثمارات - منشورات دار وائل - عمان - الطبعة الخامسة - سنة الطبع 2009.

- د. مـراد محمـود المواجـدة - التحكيـم في عقـود الدولـة ذات الطابع الدولي - دار الثقافـة للنـشر والتوزيـع - عـمان - الطبعـة الاولى - سـنة الطبع 2010.
- د. مصطفـى احمـد فـؤاد - مبـادئ القانون الـدولي العام - القاعـدة الدولية - سـنة الطبع 2004.
- - فكـرة الـضرورة في القانـون الـدولي العـام - منشـورات منشـأة المعـارف - الاسكندرية.
- د. مهـا محمـد ايـوب - اثر خلافـة الدول في المعاهدات الدولية - منشـورات بيـت الحكمة - سـنة الطبع 2011.
- د. نبيـل بـشر - المسـؤولية الدوليـة في عـالم متغـير - الطبعـة الاولى - سـنة الطبـع 1994.
- د. هـادي نعيـم المالـكي - شرط الدولـة الاولى بالرعايـة - منشـورات زيـن الحقوقيـة - الطبعـة الاولى - سـنة الطبـع 2011.
- د.هشـام خالـد - الدفـع بالاحالة لقيام ذات النزاع امـام قضاء الدولة وقضاء التحكيم - منشـورات منشـأة المعارف بالاسكندرية - سنة الطبع 2008.
- د. هشـام صـادق - النظـام العـربي لضـمان الاسـتثمار ضـد المخاطـر غـير التجاريـة - دار المطبوعـات الجامعيـة في الاسـكندرية - سـنة الطبـع 2002
- - الجنسـية والموطـن ومركـز الاجانـب - منشـأة المعـارف بالاسـكندرية - بـدون سـنة طبـع.

- د. هشام علي صادق - الحماية الدولية للمال الاجنبي - دار الجامعة للطباعة والنشر - 2002 - بيروت.
- د. وريا خمو درويش - مسؤولية الدولة الجنائية - منشورات دار المعرفة - بيروت.

– **الرسائل والاطاريح**

- جمعة محمد عامر - سياسة الاستثمارات الاجنبية واثرها على مواجهة الاختلالات الهيكلية في الاقتصاد المصري - اطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة - كلية الاقتصاد والعلوم السياسية - 1985.
- داود سلوم - الخصخصة في البلدان النامية بين متطلبات التنمية ودوافع الاستثمار الأجنبي المباشر مع إشارة خاصة إلى العراق - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد - جامعة الكوفة - 2008.
- علي حسين ملحم - دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية - اطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1998.
- محمد يونس الصائغ - المركز القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي - اطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة الموصل - 2005.
- هناء عبد الغفار حمود السامرائي - العلاقة بين الاستثمار الاجنبي المباشر والتجارة الدولية واثاره الاقتصادية على البلدان النامية - اطروحة دكتوراه - جامعة بغداد - 1999.

- **البحوث والدراسات**

- د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم - عدم المساس بحق الملكية اداة لجذب الاستثمارات الاجنبية - بحث منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الانسانية - العدد 13 - 2012.
- د. ابراهيم شحاته - الاطار القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة والرقابة عليها - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الرابع والعشرون - 1968
- - دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الاجنبية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 41 لسنة 1985.
- - التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 41 لسنة 1985.
- د. أحمد شرف الدين - نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي - بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية عام 2006 - الجزء الثالث.
- انطونيوس كرم - العرب امام تحديات التكنلوجيا - سلسلة عالم المعرفة - الكويت - 1982.
- د. حيدر ادهم الطائي - تطور القواعد الآمرة في القانون الدولي - المنشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد 15 - العدد 9 - لسنة 2006.

- د. خالد محمد الجمعة - انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الاجنبي - مجلة الحقوق الكويتية السنة 23 - العدد الثالث 1999.
- خليل محمد خليل - الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية - مجلة مصر المعاصرة - العددين 437و438 - السنة الخامسة والثمانون - 1997
- .د. حازم الببلاوي - النظام الاقتصادي الدولي المعاصر - سلسلة عالم المعرفة - الكويت - لسنة 2000.
- د. زهير الحسني - مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام - المجلة المصرية للقانون الدولي - العدد 45 لعام 1989.
- - النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار - بحث مقدم ضمن المؤتمر العلمي السنوي لقسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - 2014.
- د. سعيد علي غافل - الحق في التنمية - مجلة الكلية الاسلامية الجامعة - العدد 17 - 2012.
- د. سهام الدين خيري - العولمة الاقتصادية ومتطلبات التنمية والنهوض في الدول النامية - مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة - العدد التاسع والعشرون - 2012.

- د. صفوت عبد السلام عوض الله منظمة التجارة العالمية والاستثمار الاجنبي المباشر " دراسة للاثار المحتملة لأتفاق التريمز على تطور حركة الاستثمار الاجنبي المباشر الى الدول النامية - مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية - جامعة الامارات العربية المتحدة - الطبعة الاولى - 2004.
- د. طارق كاظم عجيل - النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في العراق - ورقة مقدمة ضمن أوراق مؤتمر الاطار القانوني للاستثمار في العراق - 2009.
- د. عبد الباقي نعمة - نزع الملكية امتياز مقرر للادارة - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية القانون - جامعة بغداد - 1987.
- د. عبد الخالق عبد الله - العالم المعاصر والصراعات الدولية - سلسلة عالم المعرفة - 1989.
- د. عبد المؤمن بن صغير - دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الادنى لمعاملة الاجانب - مجلة الفقه والقانون - العدد الثاني عشر - 2013.
- د. عدنان غانم ولبنى حسين - دور الاستثمارات الاجنبية في التنمية الاقتصادية - بحث منشور في مجلة جامعة دمشق - المجلد 19 - العدد 2 - 2003.
- علي بن سعيد بن رباع وحسين كاويار - اساسيات الاستثمار والتنمية الاقتصادية - بحث مقدم ضمن المؤتمر العلمي التاسع عشر لجامعة الامارات العربية المتحدة - قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة - 2011.

- د. عمر ياسين ود. محمد الروسان - الاستثمارات الاجنبية المباشرة ودورها في تنمية الاقتصاديات النامية - مجلة كلية الادارة والاقتصاد - جامعة بغداد - العدد الحادي والتسعون - 2012
- د. فوزي قدوري النعيمي ود مظفر جابر - النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - المجلد 3 - العدد 10 - 2011.
- د.معراج هواري ود.بن شهرة شول - تدفقات الاستثمار الاجنبي المباشر واثارها على اقتصاديات الدول النامية - بحث مقدم ضمن المؤتمر العلمي التاسع عشر لجامعة الامارات العربية المتحدة - قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة - 2011
- د. محمد الدوري ود.جنان سكر - في القانون الدولي الاقتصادي - مجلة العلوم القانونية والسياسية - المجلد الثالث - العددان الاول والثاني - 1984.
- د. محمود عبد الحميد سليمان - الحماية الدبلوماسية للاستثمار الاجنبي - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد الثامن والخمسون - 2002.
- د. مدوس فلاح الرشيدي - ضرورة تطوير وتفعيل الاتفاقية الثنائية لعام 1989 بين دولة الكويت والولايات المتحدة الامريكية بشأن الضمانات المتبادلة للاستثمار - مجلة الحقوق الكويتية - السنة الثالثة والعشرون - العدد الثالث - 1999.
- د. موفق احمد وحلا سامي - الاستثمار الاجنبي واثره على البيئة الاقتصادية - مجلة الادارة والاقتصاد - العدد 80 السنة 2010.

- د. نجـم الاحمـد - المفهـوم القانـوني للمنفعـة العامة في نطاق الاسـتملاك - مجلـة جامعـة دمشـق للعلـوم الاقتصاديـة والقانونية - المجلـد 29 - العدد 2 - 2013.

– تقارير الامم المتحدة والهيئات الدولية

- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1969
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1971
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1983
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1987
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1988.
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1989.
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 1990.
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2000.
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2001.
- الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2003.
- سـتيفن فاسـياني - معيـار المعاملـة العادلـة والمنصفـة في قانـون الاسـتثمار الـدولي - تقريـر ابتـدائي مقـدم للجنـة القانـون الـدولي - الوثيقـة رقم (/ A 10 / 66) المرفـق (د).
- تقريـر مؤتمـر الامم المتحدة للتجارة والتنمية - سياسـات الاسـتثمار الاجنبي المبـاشر من اجـل التنمية - 2003.

- مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية - العقود الحكومية - سلسلة دراسات بشأن قضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2004.
- تقرير مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) - وضع قواعد الاستثمار الدولي - سلسلة الاونكتاد بشأن سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية - 2008.
- مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) - سلسلة سياسات الاستثمار الدولي لاغراض التنمية - احكام تشجيع الاستثمار في اتفاقيات الاستثمار الدولية - 2008.
- تقرير مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية (الاونكتاد) - سلسلة سياسات الاستثمار الدولية لاغراض التنمية - حصر المنجزات والتحديات القائمة والطريق الى الامام - 2009.
- تقرير مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) - التطورات الاخيرة لتسوية منازعات الاستثمار - 2009.
- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا - دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار - 2010.
- مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية " الاونكتاد " - تقرير الاستثمار العالمي لعام 2014.
- UNCTAD - Scope And Definition - Series on Issues in International Investment Agreements - 2011.
- UNCTAD - Series on Issues in International Investment Agreements II - expropriation - 2012.

– المصادر باللغة الانكليزية

- Agmon Tamir - Political Economy and Risk in World financial
- Markets - Lexington books - 1985.
- Alain Pellet - The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration - ICSID Review, Vol. 28, No. 2 - 2013.
- Alec Stone Sweet - Investor - State Arbitration: Proportionality's New Frontier - Law & Ethics of Human Rights review - Volume 4 - Issue 1 - 2010.
- Andrew T. Guzman - Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties - VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW - Vol. 38 - 1989
- Arjun Sengupta & Archna Negi & Moushumi Basu - Reflections on the Right To Development - Center for Development and Human Rights - first edition - 2005.
- Benedict Kingsbury and Stephan Schill - Investor - State Arbitration as overnance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global administrative Law - Working Paper to New York University School of Law - 2009.

- Christoph Schreuer - Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law - Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation - papers to The Fordham - 2011.
- Cathrine Yannaca Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - OECD Working Papers on International Investment - 2004 / 03 - OECD Publishing.
- Charles Kotuby - general principles of law in international due process and the modern role of private international law - Duke Journal of comparative & international law - Vol 23 - 2013
- c.christie - What Constitutes a Taking of Property Under International Law - british yearbook of international law - 1962
- David Held & Anthony Mc Grew & David Goldblatt & Jonathan Perraton - Global transformations: Politics, Economics, and Culture - Stanford University Press - 1999.
- Diane A. Desierto - Development as an International Right: Investment in the new Trade - Based IIAs - Trade, Law and Development jornal - Vol.3 - fall 2011.

- Dirk Willem te Velde - Foreign Direct Investment and Development An historical perspective - paper for World Economic and Social Survey for 2006 - Overseas Development Institute.
- Dolores Bentolila - Shareholders' Action to Claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration - Trade, Law and Development jornal - Vol.II, No.1 - Spring, 2010.
- Felipe Mutis Te´llez - Conditions and Criteria For The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law - ICSID Review - Vol. 27 - No. 2 - 2012.
- Gilbert Guillaume - The Use of Precedent by nternational Judges and Arbitrators - Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1 - 2011.
- Gus Van Harten - Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion - Trade, Law and Development - Vol.II - No.1 - Spring, 2010.
- G. Sourgens - Investment Protection Following the Denunciation of International Investment Agreements - Santa Clara Journal of International Law - vol 11 - issue 2

- Ioana Tudor_ The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment - Oxford University Press - 2008.
- James Harrison - the international law commission and the development of international investment law - the George Washington International Law Review - Vol. 45 - 2013.
- Javier haro benavides - the expropriation clause and the tension between foreign investment and the public interest - Thesis for the degree of Master in International Law - University de Chile - 2011.
- Jason Webb Yackee - Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties, Myth and Reality - Fordham International Law Journal - Fordham International Law Journal - Volume 32 - Issue 5 - 2008.
- Jessica Beess und Chrostin - Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before the ICSID, The Abaclat Case - Harvard International Law Journal - Vol.53 - 2012.
- - Justin R. Marlles - Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental

Regulation in International Investment Law - Journal of Transnational Law & Policy - vol.16 - no. 2 - 2007.

- Kamga Wafo - Political Risk and Foreign Direct Investment - Faculty of Economics and Statistics University of Konstanz - 1998.
- Kenneth J. Vandevelde - A Brief History of International Investment Agreements - Davis Journal of International Law & Policy - Vol.12 - No.1 - 2005.
- K. Scott Gudgeon - United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards - Berkeley Journal of International Law - Vol. 4 - Iss. 1 - 1986.
- LAURA HENRY - INVESTMENT AGREEMENT CLAIMS UNDER THE 2004 MODEL U.S. BIT: A CHALLENGE FOR STATE POLICE POWERS? - Pennsylvania Journal of International Law - Vol. 31 - 2010
- Martin J. Valasek & Patrick Dumberry - Developments in the Legal Standing of shareholders and Holding Corporations in Investor - State Disputes - Foreign

Investment Law Journal - Volume 26 - Number 1 - Spring 2011.

- Mark E. Brandon - War and American Constitutional Order - Vanderbilt Law Review - Vol. 56 - 2003.
- Michael D. Nolan - Issues of proof of general principles of law in international Arbitration - world Arbitration & mediation review - Volume 3 - No 4,5 - 2009.
- M. Sornarajah - international law on foreign investment - third edition - Cambridge University press - 2010.
- Nowell David Beckett Bamberger - in the wake of sakhalin ii: how non - govrernmental administration of natural resources could strengthen russia's energy sector - pacific rim law & policy journal - vol. 16 - no.3 - 2007.
- Ori J. Herstein - A Normative Theory of the Clean Hands Defense - jurnal Cornell University Law School - vol. 17 - no. 3 - 2011.
- Patrick Dumberry - Compensation for Moral Damages in Investor - State Arbitration Disputes - Journal of International Arbitration - 2010.

- Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor - State Arbitration Disputes - Journal of International Dispute Settlement - 2012.
- Patrik Lindskoug - Regulatory expropriation under international investment law - faculty of law - University of Lund - Master thesis - 2006.
- Paul E. Comeaux' & N. Stephan Kinsella - Reducing political risk in DEVELOPINGCO UNTRIES: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, STABILIZATIOCNL AUSES, AND MIGA & OPIC Investment INSURANCE - NEW YORK LAW school JOURNAL OF INTERNATIONAL AND comparative law - VOl 15 - no 1 - 1994.
- Perry S. Bechky - Microinvestment Disputes - vanderbilt journal of transnational law - vol. 45 - 2012.
- Peter D. Isakoff - Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments - Global business law review - Vol. 3 - 2013.
- Rachel D. Edsall - indirect expropriation under NAFTA and dr - cafta - Boston university law review - Vol. 86 - 2006.

- Rahim Moloo& Alex Khachaturian - The Compliance with the Law Requirement inInternational Investment Law - Fordham International Law Journal - Volume 34, Issue 6 - 2011.
- Richard F. Grimmett. Instances of Use of United States Armed Forces Abroad, 1798 - 2009. Congressional Research Service.
- Richard Karugarama Lebero - The International Law Framework for Foreign Investment Protection - PhD Thesis University of Glasgow - 2012.
- Sam Foster Halabi - Efficient Contracting between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses - Northwestern Journal of International Law & Business - vol. 31 - issue. 2 - 2011.
- Stephanie L. Parker - The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties - The arbitration brief - 2012 - Vol 2 - issu 1.
- STEPHAN W. SCHILL - The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds - Trade, Law and Development review - Vol.II, No.1 - 2010

- Thomas Nektarios Papanastasiou - the legal protection of foreign investments against political risk - Doctoral thesis international studies - waseda university - 2012.
- Thomas W. Walde - Renegotiating acquired rights in the oil and gas Industries - Journal of World Energy Law & Business - Vol. 1 - issue 1 - 2008.
- Velimir Zivkovic - Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration - European Journal of Legal Studies - Volume 5 - Issue 1 - 2012.
- Wenhua Shan - Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment LawNorthwestern Journal of International Law & Business - volume 27 - issue 3 - 2007.
- Wilhelm Karl Geck - Diplomatic Protection - Encyclopedia of public international law - vol. 1 - 1992.
- W. Michael Reisman & Robert D. Sloane - Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation - British Yearbook of International Law - 2003.

- Yannaca - Small Catherine, Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law, Organization for Economic Co - operation and Development, 2004.
- Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements - OECD Working Papers on International Investment - 2006.
- 56 - Zachary Douglas - The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails - Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1 - 2011.

– القوانين والتشريعات والاتفاقيات والقرارات الدولية

- دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ.
- قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.
- امر سلطة الائتلاف المدني رقم 39 لسنة 2003 الملغي
- قانون الاستثمار وتشجيع الاستثمار في الجمهورية العربية السورية رقم 10 لسنة 1991.
- قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974.
- اتفاقية دعم وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وكوبا لعام 1999.

- اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق وفرنسـا الموقعـة في بغداد بتاريـخ 31 / 10 / 2010 والمصـادق عليهـا بموجب القانون رقم (24) لسـنة 2012 المنشـور في جريـدة الوقائـع العراقيـة بالعـدد 4241 في 4 / 6 / 2012.
- اتفاقيـة تحديـد مجالات التجارة والاسـتثمار بـين العراق والولايـات المتحدة الامريكيـة الموقعـة في عـام 2005 والمصـادق عليها بالقانون رقم 106 لسـنة 2012.
- اتفاقيـة بـين جمهورية العـراق وجمهورية المانيا الاتحادية بشـأن التشـجيع والحمايـة المتبادلـة للاسـتثمارات الموقعـة بتاريـخ 4 / 12 / 2010 والمصادق عليهـا بالقانون رقم (60) لسـنة 2012.
- اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بين جمهوريـة العراق واليابـان الموقعة بتاريـخ 7 / 6 / 2012 والمصـادق عليهـا بموجـب القانـون رقـم (34) لسـنة 2013.
- اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين العـراق وارمينيا الموقعـة في بغداد بتاريـخ 7 / 11 / 2012 والمصـادق عليهـا بالقانـون رقـم (4) لسـنة 2014 المنشـور في جريـدة الوقائـع العراقيـة بالعـدد (4309) في 10 / 2 / 2014.
- اتفاقيـة التشـجيع والحمايـة المتبادلـة للاسـتثمارات بـين جمهوريـة العراق ودولـة الكويـت الموقعـة في الكويـت بتاريـخ 16 / 12 / 2013 والمصـادق عليهـا بالقانـون رقم (14) لسـنة 2014 المنشـور في جريـدة الوقائع العراقية بالعـدد (4346) في 29 / 12 / 2014.

- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين جمهورية العراق والمملكة الاردنية الهاشمية الموقعة في بغداد بتاريخ 25 / 12 / 2013 والمصادق عليها بالقانون رقم (1) لسنة 2015 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4353) في 23 / 2 / 2015.
- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.
- اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) والتي انضم اليها العراق بموجب القانون رقم 29 في 23 / 7 / 2007 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4045 في 20 / 8 / 2007.
- اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي صادق عليها العراق بالقانون رقم (64) لسنة 2012 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4283 في 29 / 7 / 2013.
- اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين مصر وبريطانيا لعام 1975.
- اتفاقية التشجيع والضمان المتبادل للاستثمارات بين رومانيا وسريلانكا في 9 / شباط / 1981.
- اتفاقية رابطة دول جنوب شرق اسيا لتشجيع الاستثمارات وحمايتها المبرمة عام 1987.
- اتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين الولايات المتحدة الامريكية وكندا عام 1988.
- اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المانيا وغينيا عام 1989.

- اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة بـين فنزويـلا وهولنـدا في 22 / تشريـن الاول / 1991.
- اتفاقيـة حمايـة وتشـجيع الاسـتثمار بين الامـارات العربية المتحـدة وماليزيا لعام 1992.
- اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين جمهوريـة مـصر العربيـة واليونان لعـام 1993.
- اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين اسبانيا والمكسيك لعام 1995.
- اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة الاسـتثمار بـين الاردن وجمهورية ايطاليـا الموقعة في 21 / تمـوز / 1996.
- اتفاقية الاستثمار الثنائية بين سوريا ولبنان لعام 1997.
- اتفاقيـة تشـجيع وحمايـة وضـمان الاسـتثمارات بـين الـدول الاعضـاء في منظمـة المؤتمـر الاسـلامي
- اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة بـين الولايـات المتحـدة الامريكيـة وبوليفيـا عام 1998
- اتفاقية حماية الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة ولبنان عام 2002.
- اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة بـين فنلنـدا وتنزانيـا التـي دخلت حيـز النفاذ في 30 / ايلـول / 2002.
- اتفاقيـة التشـجيع والحمايـة المتبادلة للاسـتثمارات بـين المانيـا وتايلند لعام 2002.

- اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين المملكة المتحدة واثيوبيا المبرمة 19 / تشرين الثاني / 2009.
- النظام الاساسي للجنة القانون الدولي الصادر عام 1947.
- ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر بموجب قرار الامم المتحدة رقم 3281 في 4 / كانون الاول / 1974.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 626 لعام 1952، والقرار رقم 1803 لسنة 1962.
- قرار الامم المتحدة من قرار الامم المتحدة رقم 3201 في 1 / ايار / 1974 المعروف باعلان اقامة نظام اقتصادي دولي جديد.
- بروتوكول كيوتو الملحق بأتفاقية الامم المتحدة بشأن التغيير المناخي الذي دخل حيز النفاذ عام 2005.
- قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 799 في 7 / كانون الاول / 1953.
- قرار الجمعية العامة للامم المتحدة المرقم 2205 في 17 / كانون الاول / 1966.
- قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 9831 في 15 / كانون الاول / 1976.
- قرار الامم المتحدة بشأن مشروع تقنين دولي لقواعد السلوك المتعلق بنقل التكنلوجيا الصادر في 5 / 12 / 1980.

- قـرار الجمعيـة العامـة للامـم المتحـدة رقـم 2265 في 6 / كانـون الاول / 2010.
- قـرار الجمعيـة العامـة للامـم المتحدة رقـم 109 / 68 في 16 / كانون الاول / 2013، ودخـل حيـز النفاذ في 1 / نيسـان / 2014
- اتفـاق اجـراءات الاسـتثمار المتصلة بالتجـارة TRIMs الذي تـم التوصل اليه في جولـة الاورغـواي لعام 1994.
- اتفاقية التجارة الحرة لدول امريكا الشمالية NAFTA.
- ميثاق رابطة دول جنوب شرق اسيا ASEAN.
- معاهدة ميثاق الطاقة.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المطلب الرابع: القضاء والفقه	123
الفصل الثاني: نطاق حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي	127
المبحث الأول: النطاق الشخصي لحماية الاستثمار الأجنبي	129
المطلب الأول: المستثمر الأجنبي	131
المطلب الثاني: حملة الأسهم	137
المبحث الثاني: النطاق المادي لحماية الاستثمار الأجنبي	153
المطلب الأول: نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية بحسب نوعها	155
المطلب الثاني: نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية بحسب طبيعتها	159
المطلب الثالث: نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية بصيغة عقود حكومية	165
المبحث الثالث: النطاق الزماني والمكاني لحماية الاستثمار الأجنبي	175
المطلب الأول: نطاق حماية للاستثمارات الأجنبية التي تمت قبل نفاذ اتفاقية الاستثمار	177
المطلب الثاني: نطاق حماية للاستثمارات الأجنبية بعد انتهاء اتفاقية الاستثمار	179
المطلب الثالث: النطاق المكاني لحماية الاستثمار الأجنبي	183
المبحث الرابع: امتداد نطاق حماية الاستثمار الأجنبي بموجب اشتراط اتفاقي	187
المطلب الأول: شرط الدولة الأولى بالرعاية	189
المطلب الثاني: شرط المعاملة الوطنية	197
المطلب الثالث: شرط المظلة	199
المطلب الرابع: شرط الثبات التشريعي	205
الفصل الثالث: مسؤولية الدولة المضيفة عن حماية الاستثمار الأجنبي	209
المبحث الأول: أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي وشروطها	211
المطلب الأول: أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي	213
المطلب الثاني: شروط قيام مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي	217
المبحث الثاني: انتفاء مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي	235
المطلب الأول: الظروف النافية لعدم مشروعية الإضرار بالاستثمار الأجنبي	237



www.acbookzone.com



